清末訴訟立法における日本法の多層的継受の諸相

——「民事刑事訴訟暫行章程」編纂の背景とその位置づけ——

呉　亦晨

一　序　章
二　「民事刑事訴訟暫行章程」の成立
　㈠　訴訟立法の再提起
　㈡　「民事刑事訴訟暫行章程」の編纂過程
　㈢　「民事刑事訴訟暫行章程」の帰結——「万不容緩」から見た清末期における訴訟法の位置づけ
　㈣　小　括
三　比較法的視野からみた「民事刑事訴訟暫行章程」——清末訴訟法の編纂と「知の連鎖」
　㈠　「民事刑事訴訟暫行章程」の内容——清末の他の法案との比較に基づいて
　㈡　「民事刑事訴訟暫行章程」と日本
　㈢　小　括
四　終　章

一　序　章

1906（光緒32）年４月、中国史上初の「訴訟法」として、修訂法律大臣の沈家本と伍廷芳[1)]は「大清刑事民事訴訟法」を上奏し、頒行を請願し

1)　修訂法律館の概要、及びその中心人物であった沈家本と伍廷芳に関しては、陳煜『清末新政中的修訂法律館』（中国政法大学出版社、2009年）、李貴連『沈家本伝』（法律出版社、2000年）、丁賢俊・諭作鳳編『伍廷芳集』（中華書局、1993年）を参照。

た[2]。光緒帝はこの事案が重大であると考え、慎重を期すため直ちに施行することはせず、各地の将軍・督撫・都統らに対し、当時の民情風俗に適合するか否かを慎重に検討した上で、実情に即して意見を奏上するよう命じた[3]。その後一年余りにわたり、各地の大臣たちは本法に対し多くの反対意見を提出し、結局「大清刑事民事訴訟法」は棚上げにされることとなった[4]。

清末の訴訟立法に関する既存の研究[5]では、通常、「大清刑事民事訴訟法」が棚上げされた後、刑事と民事訴訟の規定を一つの法典で規定する構想から、刑事訴訟と民事訴訟を分離し、「大清刑事訴訟律」と「大清民事訴訟律」をそれぞれ編纂する方向へと立法プロセスが移行したとされている。しかし、後述する憲政編査館[6]が全国で適用する「裁判（所）法」で

2）清末期中国における最初の訴訟法編纂に関しては、呉亦晨「清末中国における近代的訴訟法典編纂の端緒：「刑事民事訴訟裁判等項法律」と日本法の継受」『法学政治学論究』147号（2025年）199-240頁を参照されたい。

3）『清実録徳宗景皇帝実録』（中華書局、1986年）巻558、389-390頁。

4）「大清刑事民事訴訟法」が奏進されてから一年余りの間に、同法は、直隷総督の袁世凱、陝甘総督の升允、湖広総督の張之洞等多数の大臣から反対意見を受けた。主に取り上げられている論争点は刑事・民事の区分に限られず、拷問、逮捕、弁護士、陪審等の制度に広がりを見せている。結果として、各大臣による強い反対を受け、最終的に施行は見送られた。『清史稿』（中華書局、1977年）2971頁。反対意見の詳細について、趙彬編『訴訟法駁議部居』（光緒34年、北新書局）参照。

5）清末期における法典編纂に関する通史的研究について主なものを挙げると、島田正郎『清末における近代的法典の編纂』（創文社、1980年）、李前掲『沈家本伝』277-299頁、張晋藩編『清朝法制史』（中華書局、1998年）687-732頁、李在全「清末修律制法述略」『蘭州学刊』７号（2017年）43-55頁等がある。清末期における訴訟法の編纂について、さしあたり陳剛編『中国民事訴訟法制百年進程・清末時期：第１・２・３巻』（中国法制出版社、2004・2004・2009年）、呉沢勇「清末修訂『刑事民事訴訟法』論考――兼論法典編纂の時機・策略・技術」『現代法学』２号（2006年）139-149頁、同「『大清民事訴訟律』修訂考析」『現代法学』４号（2007年）186-193頁、張維新「清末司法改革管窺――以三個訴訟法律文件為視角」『司法』０号（2009年）95-119頁等が挙げられる。

6）官制改革後に考察政治館を改組して設置された機関であり、各国憲法の調査、

ある「法院編制法」[7] を奏上する際、以下のように提案がなされていた。

> 現在、訴訟律の完成・施行までにはまだ時間があるが、法院編制法は施行が待たれている。臣らが協議した結果、修訂法律館に対し、訴訟律の中から緊急を要する条項を先行して提出させ、訴訟暫行章程とすることが提案された［現距訴訟律告成施行之期尚遠，而法院編制法立待施行，臣等公同商酌，擬請飭下修訂法律館，將訴訟律内万不容緩各條先行提出，作為訴訟暫行章程］[8] [9]。

この「万不容緩」の「訴訟暫行章程」がどのように編纂されたのか、またどのような結果に結びついたのか。管見の限り、この疑問に直接答えようとした既存研究はまだ少数に限られているものの、近年一定の解明が進められている。先行研究においてまず「民事刑事訴訟暫行章程」（全六編・390条）という稿本の存在を指摘するものがある。同稿本は、その条文用語や官制名称、さらに「大清刑事訴訟律」「大清民事訴訟律」との内容上の類似性等から、前述の奏摺に言及された「訴訟暫行章程」の印本であると考えられている[10]。その後の研究として、関連史料の整理を通じて「民事刑事訴訟暫行章程」の成立背景を検討し、また、後述するように、本章

各省法制の統一及び国政統計事務を主管した。故宮博物院明清档案部編『清末籌備立憲档案史料（上）』（中華書局、1979年）47-51頁。

7）「法院編制法」について、さしあたり島田前掲『清末における近代的法典の編纂』103-131頁、張従容「析1910年『法院編制法』」『暨南学報（哲学社会科学版）』1号（2003年）24-30頁、呉沢勇「清末修訂『法院編制法』考略――兼論転型期的法典編纂」『法商研究』4号（2006年）154-160頁等がある。

8）『大清法規大全』（考正出版社、1962年）1816頁。

9）本稿では史料引用に際し原則として筆者訳を掲げるとともに、原文を併記した。

10）最初に「民事刑事訴訟暫行章程」の存在を指摘し、これを奏摺に言及された「訴訟暫行章程」の印本であると確認したものとして、徐立志「沈家本等『民刑訴訟法草案』考」『博通古今学貫中西的法学家――1990年沈家本法律思想国際学術研討会論文集』（陝西人民出版社、1992年）453-460頁（楊一凡編『中国法制史考証・甲編第七巻・清代法制考』（中国社会科学出版社、2003年）642-655頁にも収録）参照。

程が奏上されなかった理由についても一定の推測が行われている[11]。さらに、稿本の内容が校訂の上で全面的に公表されている[12]。このように、先行研究によって、「民事刑事訴訟暫行章程」の存在、その成立の大枠、さらには本章程の内容は既に明らかにされている。しかしながら、これらの研究は主として本章程それ自体の成立事情の解明に重点を置くものであり、清末訴訟立法における本章程の位置付け、及びその条文内容に対する詳細な検討については、なお十分に行われていない。したがって、上記の先行研究を踏まえ、本稿は「民事刑事訴訟暫行章程」を中心に、新旧史料の精査と解読を通じた分析を深化させることを試みる。具体的には、まず「民事刑事訴訟暫行章程」という法案の存在を前提とし、関連史料を実証的に分析することによって、その編纂過程を復元し、清末立法において訴訟法の制定作業に占めるその位置づけを明らかにする。あわせて、その位置づけを踏まえつつ、本章程が最終的に奏上に至らなかった要因についても検討する。次に、「大清刑事民事訴訟法」に編纂され、民事・刑事訴訟に関する規定を一体的に編成した訴訟法草案であり、「大清民事訴訟律」「大清刑事訴訟律」とも密接な関連を有していた「民事刑事訴訟暫行章程」について、公開されている稿本の内容に基づき、前後の訴訟法案との関係性を検討する。さらに、「民事刑事訴訟暫行章程」の条文内容を具体的に検討し、日本法、あるいは日本を媒介として継受された西洋法が、いかなる形で清末の訴訟立法に取り込まれたのかを明らかにする。これにより、近代東アジアにおける法の継受と再構成の具体相を明らかにし、「知の連鎖」[13]の一端を解明する試みとしても位置づけられる。以上の分析を通じて、本稿は、清末期という法制転換期における訴訟立法の実像を、より精緻に描出することを目的とする。

11）　呉沢勇「『民事刑事訴訟暫行章程』考略」『昆明理工大学学報（社会科学版）』1号（2008年）31-35頁。

12）　謝文哲「清末『民事刑事訴訟暫行章程』草案考論」陳前掲『中国民事訴訟法制百年進程：清末時期・第3巻』1-97頁。

13）　知の連鎖について、山室信一『思想課題としてのアジア：基軸・連鎖・投企』（岩波書店、2001年）を参照されたい。

二 「民事刑事訴訟暫行章程」の成立

㈠ 訴訟立法の再提起

上述のように、上奏された「大清刑事民事訴訟法」に対して様々な反対意見が寄せられていたのと併行して、清末においては官制改革が推進され始めた。「大清刑事民事訴訟法」の制定には領事裁判権回収という明白な政治外交的背景があったが、内政的な次元での官制改革もまた訴訟立法の整備に少なからぬ影響をもたらしたのである。1906（光緒32）年 9 月、清政府は「憲政模倣」との上諭を発布し、官制改革を立憲準備の第一歩と定めた[14]。その全体像については後述するが、そのうち司法体制に関しては、「刑部は法部[15]と改め、専ら司法を担当せしめ、大理寺は大理院と改め、専ら審判を担当せしめる［刑部著改為法部，専任司法。大理寺著改為大理院，専掌審判］」と規定された[16]。これに伴い、修訂法律館と共に沈家本が中心的な役割を果たした大理院は「大理院奏審判権限釐定辦法摺」を奏上し、「大理院審判編制法」を添付して、裁判機関の審級と権限について概略を示した。しかし、このときの官制改革は法部と大理院がそれぞれ「司法」と「審判」を担当することとしたものの、両者の権限と責任を明確に画定しておらず、これが「部院の争い」[17]を引き起こした。

14） 『大清新法令1901-1911（第 1 巻）』（商務印書館、2010年）37頁。

15） 1906（光緒32）年の官制改革により刑部は法部に改称され、司法行政を担ったが、当初は一定の審判権・立法権も併せ有していた。その立法権は既存律例の審査及び各部修訂律例の統一に限られ、参議庁と修訂法律館が立法事務を担っていた。1907（光緒33）年、修律権をめぐる法部・大理院・修訂法律大臣間の対立を契機として、修訂法律館は法部から独立した法典起草機関として再編され、これに伴い、法部の立法権も各部修訂律例の統一に加え、単行法の起草にまで拡大した。李貴連『沈家本評伝』（南京大学出版社、2005年）143-149頁参照。法部について、謝蔚『晩清法部研究』（中国社会科学出版社、2014年）が詳しい。

16） 前掲『清末籌備立憲档案史料（上）』470頁。

17） 官制改革以降、法部と大理院が人事・司法区域・司法警察・死刑の復審権

本稿にとって重要なのは、この「部院の争い」の影響を受けて、元来法部の管轄下にあった修訂法律館における法律の編纂事務は一時停滞したという点である。修訂法律館は最終的に法部から独立し、沈家本らは機構再編の命を受け、1907（光緒33）年10月までに、再編を経た修訂法律館は業務を再開したと思われる。この時点から清の滅亡に至るまでの期間、修訂法律館の後期の活動が本格的に行われたのである。同年11月、沈家本らは開館に際する奏摺において、その職責の一つとして民商法・訴訟法等の法典及び附属法の起草を挙げた[18]。

もう一つ重要な点は、官制改革の結果の一つとして憲政編査館が設置されたことである。「法院編制法」の頒行を請う奏摺において、民事刑事訴訟暫行章程の編纂を提起したこの憲政編査館という、これまで法典編纂を担ってきた修訂法律館と類似の業務を担う組織が置かれることにより、両機関の管轄業務には一定の重複が生じることとなった。すなわち、制度上、修訂法律館が起草した法案は憲政編査館の審査を経る必要があり、法典編纂をめぐる業務において両機関は密接な関係を有していた[19]。また、人事面に目を向けると、憲政編査館の館員の中には修訂法律館の館員を兼任する者が多数含まれており、両機関の人的構成は大きく重なっていた。例えば、「民事刑事訴訟暫行章程」に中心的に関わった人物として本稿において繰り返し言及することになる汪栄宝[20]は、憲政編査館の館員であり、前

等をめぐって展開した対立を指す。これに対し光緒帝は法部侍郎の張仁黼を大理院正卿に、大理院正卿の沈家本を法部侍郎にそれぞれ転じさせて妥協を促し、最終的に1910年の「法院編制法」の頒布によって争いは概ね収束した。その核心は、裁判権と司法行政権の分離にあった。部院の争いについて、張従容『部院之争——晚清司法改革的交叉路口』（北京大学出版社、2007年）を参照されたい。

18）『政治官報』（光緒33年11月21日）第60号。

19）「憲政編査館辦事章程」では、法律館が起草した民法・商法・刑法・民事刑事訴訟法等の法典草案、各部院・各省制定の単行法、ならびに官制改訂・任用章程等の行政法規を審査対象とすることが規定されていた。前掲『清末籌備立憲档案史料（上）』47-51頁。

20）汪栄宝（1878-1933）は、清末民初期における学者・政治家・立憲派の中核的人物の一人である。1901（光緒27）年より日本へ留学し、早稲田大学及び慶

述の「法院編制法」の奏摺を起草した人物であったが、同時に修訂法律館の総纂として、「大清刑事訴訟律」「大清民事訴訟律」等の法典の編纂作業にも深く関与していた。同じく憲政編査館の館員である曹汝霖、「法院編制法」の奏摺を起草した章宗祥[21]、劉若曽、許同莘、陸宗輿等も[22]、その多くが修訂法律館の中核を占める人材であった。

一方、上述した官制改革に関する上諭と「大理院審判編制法」に基づき、1907（光緒33）年 2 月に袁世凱が天津に裁判所を設立したのを皮切りに、各地で裁判所の試行的設置が進められた[23]。しかし、「大清刑事民事訴訟法」の頒行は反対により延期されていたため、実務の必要に応じて、法部は同年10月に「各級審判庁試辦章程」を奏上して施行した。この章程は、「細部にはなお不十分な点を残しつつも、大要はすでに整えられており［雖細則尚未有賅、而大端差已略挙］」、過渡期における訴訟法としての役割を果たした[24]。その後、京師、東北地区等で裁判所が相次いで設立されたが[25]、清政府はさらに、1910（宣統 2）年までに全国的に裁判所を整備する計画を立て、これらの組織の統一を図るため、法部は同年 7 月から

應義塾大学において法政を専攻した。1904（光緒30）年に帰国後は兵部・民政部等に出仕する一方、修訂法律館・資政院等の機関において兼務し、清末の法制改革事業に広く関与した。立法面では、「欽定憲法大綱」「法院編制法」「大清民事訴訟律」「大清刑事訴訟律」「資政院章程」等の編纂に参与した。汪栄宝『汪栄宝日記』（中華書局、2013年）参照。

21） 章宗祥（1879-1962）は、清末民初期における政治家・外交官であり、字は仲和という。1899（光緒25）年に日本の東京帝国大学法科で学んだ。1903（光緒29）年の帰国後は修訂法律館纂修官となり、1905（光緒31）年には董康とともに「刑律草案」の起草に参与し、中国人が主導して編纂した初期の近代的刑法草案とされる。のちに憲政編査館編制局副局長、内閣法制院副使等を歴任し、中華民国成立後も活躍した。孫家紅「清末章董氏『刑律草案』稿本的発見和初歩研究」『華中科技大学学報』 3 号（2010年）12-23頁、中国社会科学院中華民国史研究室編『中華民国史・人物伝（第 8 巻）』（中華書局、2011年）5233-5239頁参照。

22） 『政治官報』（光緒33年11月 3 日）第43号。

23） 張晋藩編『中国法制通史（第 9 巻）』（法律出版社、1999年）301頁。

24） 前掲『大清法規大全』1856頁。

25） 張前掲『中国法制通史（第 9 巻）』296頁。

9 月にかけて、裁判所の機構設置、権限配分、人員配置等に関する一連の補足法規を制定し、すぐ後に言及する「法院編制法」が制定されるまでの空白を埋めた[26]。

1909（宣統元）年12月に、憲政編査館は「法院編制法」及び三つの附属章程（「法官考試任用暫行章程」「司法区域分劃暫行章程」「初級暨地方審判庁管轄案件暫行章程」）を奏上し、即日施行された。特に重要なのは、同法が審判権と司法行政権を明確に劃分した点である。すなわち、「司法に関するすべての行政事務は法部に厳格に管理・監督させ、審判事務は大理院以下の各審判機関に担当させる。〔中略〕今後、各審判衙門に対して朝廷が独立して法を執行する権限を付与した以上、行政官はこれに違法に干渉することは許されない［所有司法之行政事務，著法部認真督理；審判事務，著大理院以下審判〔中略〕嗣後各審判衙門，朝廷既予以独立執法之権，行政各官即不准違法干渉］」と明示されたのである[27]。これにより、少なくとも条文上では「司法独立」が一定程度の確立をみた。更に、「法院編制法」は、三審制・合議制度・検察官による起訴等の近代的訴訟制度を導入した[28]。

しかし、裁判（所）法が整備され、その施行が進められていた一方で、これに対応すべき訴訟法は、なお施行されないままであった。沈家本・伍廷芳に加え、清末期立法の主要人物となった章宗祥及び汪栄宝が起草した憲政編査館による「法院編制法」の奏摺には[29]、上述のように、「訴訟律の中から緊急を要する条項を先行して提出させ、訴訟暫行章程とする」提案が含まれていた[30]。これは、司法制度改革が遂行され、裁判所が設置されはじめたという新たな条件の下で、訴訟立法の必要性が再び提起されたことを意味していた。その対応の一つが、「民事刑事訴訟暫行章程」の編纂であったのである。

26）張前掲『中国法制通史（第 9 巻）』298頁。
27）張国華・李貴連編『沈家本年譜初編』（北京大学出版社、1989年）166頁。
28）前掲『大清法規大全』1815頁。
29）汪前掲『汪栄宝日記』97頁（宣統元年12月 3 日）。
30）前掲『大清法規大全』1816頁。

㈡ 「民事刑事訴訟暫行章程」の編纂過程

1 「民事刑事訴訟暫行章程」編纂過程の再構成——第一歴史档案館所蔵の公文を中心に

「民事刑事訴訟暫行章程」に関する史料は限られており、その立法過程については、第一歴史档案館所蔵の修訂法律館・法部間の往復公文及び『汪栄宝日記』にみえる断片的記述から、その時系列を再構成するほかない。

前述のとおり、1909（宣統元）年12月には、章宗祥・汪栄宝による憲政編査館の「法院編制法」に関する奏摺によって訴訟暫行章程の編纂計画が公式に提出された。翌年 2 月、憲政編査館は死刑の実施方法に関する奏上において再び本章程に言及し、「上記細則はいずれも要項を抜粋して訴訟暫行章程に規定すべきであり、もし許諾を得られれば、直ちに当館より法律館に咨文を発し、本章程の関連条項を速やかに分別立案させ、当館の再審査を経る［以上辦法均応択要規定于訴訟暫行章程。如蒙俞允，即由臣館咨行法律館迅将此項章程分別擬定，奏交臣館覆核］」と記した[31]。すなわち、遅くとも1910（宣統 2）年 2 月の段階で、本章程がすでに起草作業に入っていたことが確認できる。さらに同年 5 月の『汪栄宝日記』には、「仲老[32]とともに訴訟章程の奏摺案を読み合わせを行った」［余与仲老対読訴訟章程摺単］」との記述がみえる[33]。これは、この時点で訴訟章程の奏摺及び章程原案が作成されていたことを示唆するが、その奏上が実現しなかった理由は明らかでない。

その後、同年10月頃[34]、法部は各地における裁判所の設置という状況を

31） 『大清宣統新法令（第17冊）』（商務印書館、1911年）10-14頁。

32） 本件にみえる「仲老」は、劉若曽（字は仲老）を指す。劉若曽（1860-1929）は、汪栄宝、章宗祥らとともに「法院編制法」の編纂に参与し、憲政編査館提調、修訂法律大臣などを歴任した。汪前掲『汪栄宝日記』406-407頁、呉前掲「清末修訂『法院編制法』考略——兼論転型期的法典編纂」154頁参照。

33） 汪前掲『汪栄宝日記』168頁（宣統 2 年 5 月26日）。

34） 資政院は1910（宣統 2）年 9 月 3 日に正式に開院しており、「三か月の会期」という時間的制約を考慮すれば、同年10月頃であったと推定される。

踏まえて、修訂法律館に対し章程の進捗を照会し、「貴館より、訴訟暫行章程は編纂作業が開始されており、その緊急性が高い〔中略〕現在、資政院の開会期間は既に長期に及び、瞬く間に三月の会期が終了しようとした。万一、提出が期限に遅れれば、直ちに公布施行することが不可能となる次第である［貴館咨覆訴訟暫行章程已経開始編訂，当以需用甚急〔中略〕現在開院已久、転瞬三月期届、万一交議愆期、即不能公布施行］」と、資政院[35]の会期との関係を前提としての緊急性を強調した[36]。これに対し、12月４日、修訂法律館は法部へ回答を発し、「刑事民事訴訟暫行章程は五章三百三条より構成され[37]、併せて律師試験章程及び律師律も同時に編纂

35）　1907（光緒33）年、清政府は議院政治の基礎として資政院を設立する方針を示し、1910（宣統２）年10月には第一期常年会が開会された。資政院は、議会的形態を備え、中国における議会政治の最初の実践と評価する見解が多いが、完全な立法権を有しなかったため国家議会というより諮問機関に近いものであったとされる。実際、資政院は二度の常年会を通じて、国会速開建議案や軍機大臣弾劾案の可決、「大清新刑律」「著作権律」等の法案審議を通じて一定の政治的役割を果たした。資政院について、韋慶遠・高放・劉文源編『清末憲政史』（人民大学出版社、1993年）、卞修全「資政院与清末的制憲活動」『南開学報』４号（2000年）10-14頁、張晋藩『中国憲法史』（中国法制出版社、2016年）等を参照されたい。

36）　中国第一歴史档案館、档号16-02-015-000008-0033。引用史料の句読点は、特に断りのない限り筆者が補ったものである。

37）　現存する「民事刑事訴訟暫行章程」稿本とは異なり、修訂法律館が法部に送付した公文には、本章程が「五章三百三条」で構成されると記されているが、徐立志及び呉沢勇は、現存稿本こそが修訂法律館の言う「訴訟暫行章程」に該当すると論じており、その理由として、章程に掲げられた官制·法律事項がいずれも清末の状況を反映していること、「大清刑事訴訟律」「大清民事訴訟律」との間に多数の内容的共通点が認められること、同時期にこのような訴訟暫行章程を別途立案するとは考え難いこと、の三点を挙げている。本稿も基本的にこの見解に賛成する。もっとも、条文数のみならず、「章」と「編」という構成にも差異が認められる。この点を直接示す史料は確認できないが、本章程は当初「大清刑事民事訴訟法」と同様に民事・刑事訴訟を一体的に収録する法案として構想されていたことから、編纂初期には同法と同様の章立てを採用していた可能性がある。その後、「大清民事訴訟律」「大清刑事訴訟律」の修訂と並行して内容及び構成の整備が進められ、現存稿本に見られる編別構成へ改められたものと推測される。徐前掲「沈家本等『民刑訴訟法草案』考」453頁、呉前掲

された。ここに貴部の審査を経るため送付する。即日審査の上、期日を定めて共同上奏されたく願いたい［所有刑事民事訴訟暫行章程現已択要編輯，分為五章三百三条，並将律師試験章程及律師律一併編纂，合行咨送貴部覆核，希即日核定訂期会奏可也］」として、速やかに再審査のうえ会奏するよう求めた[38]。その11日後、修訂法律館はこれら各法案を法部へ送付し、会奏したい旨を改めて表明した[39]。

しかし法部は修訂法律館から法案を受領後、現在審議中である旨を示したが[40]、1911（宣統３）年初頭、「訴訟暫行章程及び弁護士単行法は、〔中略〕本来、修訂法律館が起草し、憲政編査館の再審査を経て奏准されるべきであり、法部が会同する必要はない［査此項訴訟暫行章程及律師単行法〔中略〕逕由貴館分別擬定，奏交憲政編査館覆核，請旨遵行，似可毋庸会同本部具奏］」として[41]、これらが修訂法律館と憲政編査館の双方による審議と調整を経て制定されるべきとの意見を表明し、法部と修訂法律館による共同会奏の要請を拒否した。これに対し、修訂法律館は１月６日付で、「前回貴部へ咨送した訴訟暫行章程は、副稿を館内に留めておらず、会奏を行わないのであれば、原稿及び上奏稿を返付願いたい［所有本館前次咨送訴訟暫行章程並無副稿存檔，貴部既不會奏，應請將前稿並會奏稿尅日咨還］」と要求した[42]。これを受けて法部は、訴訟暫行章程、弁護士に関する法案、及び上奏稿をまとめて修訂法律館に返送した[43]。管見の限り、この時点以降の「民事刑事訴訟暫行章程」に関する記録は確認されず、その立法作業はこの段階で途絶したものと判断される[44]。

「『民事刑事訴訟暫行章程』考略」34頁参照。

38） 中国第一歴史档案館、档号16-02-015-000008-0010。

39） 中国第一歴史档案館、档号16-02-015-000008-0010。

40） 中国第一歴史档案館、档号16-02-015-000008-0095。

41） 中国第一歴史档案館、档号16-02-015-000008-0015。

42） 中国第一歴史档案館、档号16-02-015-000008-0012。

43） 中国第一歴史档案館、档号16-02-015-000008-0032。

44） 呉前掲「『民事刑事訴訟暫行章程』考略」33頁。

2　「大清民事訴訟律」「大清刑事訴訟律」との時系列的関係

修訂法律館においては、1909（宣統元）年12月に「民事刑事訴訟暫行章程」の編纂計画が正式に提起される以前から、「大清刑事民事訴訟法」に代わる独立の法典である「大清民事訴訟律」「大清刑事訴訟律」の起草作業にはすでに着手されていた[45]。『汪栄宝日記』ならびに日本人法律顧問の岡田朝太郎[46]の後年の講演記録によれば、「大清民事訴訟律」については、1909（宣統元）年３月以前の時点で「民事訴訟法草案原文（日本文）」が存在しており[47]、同年３月には「現に民事訴訟律を編纂中にして、ようやく半分が完成［現編民事訴訟律甫成一半］」するという段階にあった[48]。また、「大清刑事訴訟律」についても同年中に第一草案がすでに脱稿していたことが史料上確認できる[49]。

前述のように、1910（宣統２）年に入り、「民事刑事訴訟暫行章程」の編纂作業が開始され、５月、汪栄宝は劉若曽と共に「民事刑事訴訟暫行章程」の奏摺について協議していた一方で、「大清民事訴訟律」「大清刑事訴訟律」はすでに修正段階に入っていた。『汪栄宝日記』には岡田朝太郎との間での法律用語に関する協議を行ったことについての記録に加え、「大清民事訴訟律」の修正に関する記録が頻繁に見られる[50]。また、同年夏

45）　清政府の当初の立憲準備計画によれば、「大清刑事訴訟律」「大清民事訴訟律」は、光緒34（1908）年に「編訂」、同37（1911）年に「核定」、同39（1913）年に「頒布」、同41年（1915年）に「施行」される予定であった。前掲『清末籌備立憲档案史料（上）』61-66頁参照。

46）　岡田朝太郎の生涯及びその清末中国における活動については、西英昭『近代中華民国法制の構築：習慣調査・法典編纂と中国法学』（九州大学出版会、2018年）249-282頁、楊本娟『岡田朝太郎与清末法制変革』（武漢大学出版社、2023年）等が詳しい。

47）　汪前掲『汪栄宝日記』28頁（宣統元年３月22日）。

48）　汪前掲『汪栄宝日記』24頁（宣統元年３月８日）。

49）「法理研究会十月例会記事（支那の現行刑事法令の要領岡田博士講演）」『法学協会雑誌』33巻12号（1915年）2227頁。

50）　例えば「早朝に起床し、修訂法律館に赴いて岡田博士と法律（訴訟律）に関する用語の検討を行い、数十語を協議のうえで確定した。博士にその一覧の作成を依頼し、謄写版によって刷印したものを館内の諸氏に配布した［早起到

には修正後の刑事訴訟律草案もすでに脱稿していた[51]。最終的に、上述のように本章程が法部によって会奏を拒否されるのに先立ち、1910（宣統２）年12月24日及び27日には、「大清刑事訴訟律」「大清民事訴訟律」がそれぞれ奏上されていた。

このような時間的経過を踏まえると、「民事刑事訴訟暫行章程」の編纂作業は、「大清刑事訴訟律」「大清民事訴訟律」の起草・修訂作業が先行していたものの、その後一定期間は「大清刑事訴訟律」「大清民事訴訟律」と並行して進められていたことが明らかである。内容面の詳細については後に改めて検討するが、ここではその一例を挙げておきたい。

後述するように、「民事刑事訴訟暫行章程」と「大清民事訴訟律」の内容には類似点が多く、両法案はともに日本の明治36年民事訴訟法改正案（いわゆる旧法典調査会案）を参照している。その改正案第228条「当事者ハ権利拘束中ノ訴訟事件ニ付キ更ニ訴ヲ提起スルコトヲ得ス」は、両訴訟法案に参照されたが、興味深いことに、採用された法律用語には相違がみられる。「民事刑事訴訟暫行章程」第112条は、「当事人不得就権利拘束中之事宜再行起訴」として、「権利拘束」という語を採用している。一方、「大清民事訴訟律」第310条「當事人不得就訴訟拘束中之訴訟事件更行起訴」では、「権利拘束」を用いず「訴訟拘束」が使用されているのである。この点について岡田朝太郎は、中国における講義録『法院編制法』の中で、「権利拘束の四字は西文からの直訳にすぎず、日本の民事訴訟法学者においてもその意義を理解し難い［権利拘束四字，由西文直訳而来，即日本民訴法学者亦多不解其義］」とし[52]、さらに「独語のRechts verbindungを日本では権利拘束と訳したが、その語義は実態と必ずしも密接ではない［徳語謂之Rechts verbindung，日本訳為権利拘束，語意与事実不甚密合］」と

修訂法律館，与岡田博士商榷法律（訴訟律）名詞，酌定數十語，屬博士列表，用謄寫版刷印，分餉同館諸人］」という記録がある。汪前掲『汪栄宝日記』166頁（宣統２年５月22日）。

51） 前掲「法理研究会十月例会記事（支那の現行刑事法令の要領岡田博士講演）」2227頁。

52） 岡田朝太郎講授・熊元襄編『法院編制法』（上海人民出版社、2013年）80頁。

批判しているのである[53]。上述のように汪栄宝が岡田と協議しつつ民事訴訟法の法律用語を調整していた事実を踏まえれば、「民事刑事訴訟暫行章程」が民事訴訟法草案をそのまま参照し、「権利拘束」という語を踏襲していたのに対し、同時に進行していた「大清民事訴訟律」の修正作業では議論の多い「権利拘束」を捨て、「訴訟拘束」を採用したものと推測される。前述の時間的経緯から明らかなように、「民事刑事訴訟暫行章程」の編纂に着手した段階では、「大清刑事訴訟律」「大清民事訴訟律」は既に一定程度の草案が作成されていたとみてよい。しかしながら、奏摺において「万不容緩」と繰り返し強調されているように、早急に施行可能な訴訟法を整備する必要があったことから、「民事刑事訴訟暫行章程」は「大清刑事訴訟律」「大清民事訴訟律」が最終的に完成するのを待つことなく、既存の草案等を参照しながら編纂された。そのため、後の修訂過程において調整された内容が必ずしも反映されておらず、用語の面にも修訂途中の段階を示す痕跡が残されていると考えられる。

さて、「民事刑事訴訟暫行章程」を実際に誰が編纂したのかについては、史料上明確な記載を見いだすことができない。そもそも、前述の通り、本章程の編纂を提起した憲政編査館の奏摺そのものは、章宗祥が担い、汪栄宝が添削したものであって、また、『汪栄宝日記』により「大清民事訴訟律」の修訂に関しては当日の修訂箇所を条文番号まで明記しているが、上述の「仲老とともに訴訟章程の奏摺案を読み合わせした」との一記載を除き[54]、本章程に関する言及は他にみられない。このことから、本章程は、修訂法律館の他の館員が「大清民事訴訟律」「大清刑事訴訟律」の草案を基礎として編纂したうえで、成案となった草稿及び奏摺案を憲政編査館の汪栄宝に回付し、確認を受けたものであると考えられる。すなわち、個々の関与者を具体的に特定することはできないものの、本章程の提案と編纂は、形式上はそれぞれ異なる機関によって担われたかのように見えるが、実際に作業に着手した人員は重複している可能性が高い。

53）岡田・熊前掲『法院編制法』155頁。
54）汪前掲『汪栄宝日記』168頁（宣統２年５月26日）。

㈢ 「民事刑事訴訟暫行章程」の帰結――「万不容緩」から見た清末期における訴訟法の位置づけ

「民事刑事訴訟暫行章程」が最終的に公布に至らなかった理由は現存する史料から明らかではないが、呉沢勇は二つの可能性を指摘している。第一に、修訂法律館はその後、民律及び刑律の修訂作業に忙殺されており、かつ、実務上も裁判（所）法による対応が可能であったため、本章程は一時的に棚上げされた可能性がある。第二に、修訂法律館は本章程を憲政編査館に提出して審議を求めたものの、同館による再審査が進まず、これ以上の編纂作業に至らなかった可能性があるとされている[55]。

もっとも、奏摺により、「民事刑事訴訟暫行章程」は「万不容緩」、すなわち「緊急を要する」ものであることが繰り返し強調されたにもかかわらず、結局、「大清民事訴訟律」「大清刑事訴訟律」が奏上されるまで、その公布は実現しなかった。この点については、先に紹介した呉氏の推測に加えて、清末における訴訟立法の性格そのものに目を向ける必要があると思われる。すなわち、当時の訴訟立法は、司法上の技術的整備にとどまらず、新政及び立憲運動の進展と緊密に連動して推し進められた政治的制度改革の一端であったことを踏まえて理解されるべきであるという点である。その意味において、その動態は政治改革の進捗に強く規定されており、法典編纂が持つ政治的意味もまた無視できない。本節では、このような視点から「民事刑事訴訟暫行章程」、あるいは清末の訴訟立法の帰結を捉え直すこととする。

清末における最初の訴訟立法の試みは、1901（光緒27）年に「光緒新政」の一環として始まった。その主要な目的は、治外法権の撤廃とされていた[56]。当時英国側は、中国において法律と裁判制度等が十分に整備された場合には、治外法権の放棄を検討する姿勢を示しており、司法制度の近代化を治外法権撤廃の前提として突きつけた。このような要請に応えるため

55） 呉前掲「『民事刑事訴訟暫行章程』考略」35頁。
56） 伍廷芳「奏訴訟法請先試辦摺」丁・諭前掲『伍廷芳集』279-280頁。

に、訴訟法の整備は喫緊の課題とされた。すなわち、司法制度がいまだ整わず、司法改革も本格化していなかった当時において、列強に対し「訴訟の近代化」の政治的アピール、特に治外法権撤廃の要請に応える意味合いが強かったと考えられる。このような背景の下で起草されたのが「大清刑事民事訴訟法」であるが、冒頭において述べたように、多くの官僚の強い反対を受け、施行されず棚上げとなった。

その後の1906（光緒32）年、清政府は上述のように「立憲」を宣言した。法部は立憲に至る過程を「廓清期」「予備期」「確立期」の三段階に分け、特に「予備期」には内政の整備、憲法の起草、及び民法・商法・刑法・裁判所構成法・民刑訴訟法の編纂が必要とされ、司法制度は立憲の中で中心課題と位置づけられた[57]。そして、官制改革を経て大理院が専ら裁判権を管轄することが確認されると、「司法独立」を確立するための法的根拠として、法院編制法が清政府で注目されるようになる。当時の認識では、「この法〔法院編制法〕は実に憲法の副法なり。そもそも憲法とは、一国の統治権の存在とその作用を規定する基本法である。そして国家の統治権は、立法・司法・行政の三権に分かれる。法院編制法は即ち司法権の行使の在り方を規定するものである［此法実為憲法之副法也。盖憲法者，規定一国統治権之存在及其作用之大典。而国家之統治権，分為立法、司法、行政三大権。法院編制法者，即規定司法権之活動者也］」とされた[58]。岡田朝太郎は「法院編制法の施行により、立憲政体の三分の一は達成された［法院編制法行，而立憲政体已得三之一矣］」と述べ[59]、沈家本もまた、「東西各国における憲政の萌芽は、いずれも司法の独立に基づき、また司法の独立は実に法律の維持に依拠する。両者は影が形に添うように不可分の関係にあり、いずれか一方を軽視することは許されない［東西各国憲政之萌芽、倶本於司法之独立、而司法之独立実頼法律之維持、息息貫通、捷於形影、対

57）「法部会議立憲階段説帖」中国第一歴史档案館、档号16-03-041-000054-0006。

58）曹善同『直隷法律学堂講習科講義』（清宣統間直隷法律学堂鉛印本、1909年）参照。

59）汪前掲『汪栄宝日記』105頁。

待之機、固不可偏廃也]」と指摘している[60]。このように、法院編制法は、清末の憲政体系における司法独立を支える中核的立法と見なされていたのである。

同時に、裁判（所）法の整備のみならず、それを支える訴訟法の整備も前提条件となるとの問題意識が、次第に共通の理解として形成されつつあった。この点について、沈家本は以下のように述べた。

> 訴訟に関する事項は審判と表裏一体の関係にある。訴訟法は起訴に関わる事項を定め、当事者のために設けられるのに対し、審判法は審理に関わる事項を定め、裁判官のために設けられる。したがって、訴訟法があって審判法がなければ裁判官の権限は明確とならず、審判法があって訴訟法がなければ審理の手続が整備されない。これは東西の立憲国家に共通して、いずれも欠くことのできないものである。〔中略〕裁判は訴訟を依據とし、訴訟は裁判に帰着するものであり、両者は分ければ二側面、合わせれば一体をなす［訴訟事宜与審判相為表里，訴訟法者関于起訴之事，為各案原被告而設者也。審判法者関于承審之事，為各級裁判官而設者也。故有訴訟法而無審判法，則官司之権限不請，有審判法而無訴訟法，則聴断之機関不備，一者相対而立実相須而成。此東西立憲国之所同，不容偏廃者也。〔中略〕惟裁判以訴訟為依拠，訴訟以裁判為帰宿，分之則両端，合之為一事］[61]。

すなわち、立憲国家においては、訴訟法と裁判法は相互に補完しあう制度的基盤であり、そのいずれを欠いても司法制度は機能し得ないことを沈家本は強調している。憲政編査館が「法院編制法」を奏上するにあたり、「訴訟律が同時に頒布されなければ、良法美制も牽掣され実行困難となろう。現時点では訴訟律完成まで尚遠く、法院編制法は施行待ったなしである。〔中略〕訴訟律の中から緊急を要する条項を先取りし、訴訟暫行章程として提出する［而訴訟律不同時頒布，則良法美制恐亦牽掣難行。現距訴

60） 故宮博物院明清档案部編『清末籌備立憲档案史料（下）』（中華書局、1979年）843頁。

61） 張・李前掲『沈家本年譜初編』132頁。

訟律告成施行之期尚遠、而法院編制法立待施行。〔中略〕将訴訟律内万不容緩各条先行提出、作為訴訟暫行章程〕」ことが要請されたのは、この文脈から理解できる。すなわち、訴訟法がなければ実際には法院編制法も施行することはできず、さらに言えば、司法独立そのものも実質的に実現し得ないとの認識が、同時代の知識人には共有されていたのである。このような認識を示す例として、やや時期は下るが、1911年に公表された論説を紹介しよう[62]。「司法独立之缺点」と題されるこの論説の著者は、清末期の憲政について「諸機関が互いに牽制し合う政治であって、互いに補助し合う政治ではない［乃各機関互相牽掣之政治，而非各機関互相補助之政治］」として、「憲政に必要とされる諸要件については、精神はおろか、形式すら一つとして備えられていない［挙凡憲政之要件，遑論精神，即形式亦無一具備］」と批判するが、その中で例外的に、司法制度がいち早く整備されたことに着目し、「我国憲政がどのように実現されるのかを検討し、現状から将来を展望するためには、司法独立こそが今日最重要の論点となる［故欲研究吾国憲政実現之方法，就目前以予測将来，則司法独立，実為今日最重要之論点矣］」と主張する。しかし、このような制度的裏打ちにもかかわらず、司法制度は人々の期待を裏切り、「人々は苦痛の軽減を感じるどころか、むしろ司法独立を軽視する風潮すら生じている［不特人民無減少痛苦之観念，且有玩視独立之現象］」と指摘するのである。

このような風潮は何故生じるのであろうか。論説の著者は、政治的基盤と社会の趨勢が転換に至っていないという本質的な要因に加えて、具体的な問題として、法官懲戒章程が公布されていないこと、弁護士単行法が制定されていないことに加え「訴訟暫行章程が未だ公布されていない［訴訟

62）　雪堂「司法独立之缺点」『法政雑誌』６号（1911年）69-71頁。著者は「雪堂」と署名しているため羅振玉（号は雪堂）である可能性も考えられるが、自伝的資料や同時期の新聞資料からは、法制への関与や同名義による論説を確認できないため、「雪堂」は筆名である可能性が高い。当該論説に見られる法制編纂及び司法制度に関する理解を踏まえれば、その著者は清末期に法律編纂に関与した官員、あるいは少なくとも法制改革に強い関心と専門的知識を有する知識人であったと考えられる。羅振玉「雪堂自伝」『古今』創刊号-６号（1942年）参照。

暫行章程未頒布也]」ことに着目し、以下のように述べる。

> 民刑律は「体」であり、訴訟律は「用」である。今日、民刑律は未だ公布・施行されていないとはいえ、なお現行律により代用し得る。しかし訴訟律については、我国には従来専書が存在せず、法律館が編纂した刑事・民事訴訟法草案は昨年末に奏進されたものの、再審査を経るにはなお相当の時間を要する。宣統元年十二月二十八日、憲政館が法院編制法を奏進した際、法律館に対し訴訟暫行章程を起草し、憲政館が再審査した上で奏上することが要請された。しかしこの章程も今日まで久しく公布されていない。その結果、各省の実務においては、おおむね半ば外国法を参照し、半ば旧来の慣習に依拠するという状況にあり、一時の便宜には資するものの、実施上の障害が多い。当事者の権利義務は明確にされず、訊問・伝喚・拘押・捜索・扣押等の訴訟行為についても明確な制限がなく、吏役がこれに乗じて不正を働くことすらある。一般民衆はますます不平を抱き、騒乱が発生する危険もある。その原因をたどれば、訴訟暫行章程が速やかに公布されなかったことも重大な責任を負うべきであり、これもまた司法独立を損なう欠点の一つである［民刑律為体而訴訟律為用。今民刑律雖未頒布実行，然尚有現行律可以承用。独至訴訟律，則吾国向無専書。法律館編定之刑訴民訴草案，雖已於上年底奏進，而覆核交議通過尚需時日。宣統元年十二月二十八日，憲政館奏進法院編制法時曾請由法律館擬定訴訟暫行章程，交館覆核，奏明辦理。今此項章程亦久未頒行。至各省辦事，大率参照外国法者半，承用向来習慣者亦半。雖取便一時而実行究多窒礙。至当事人各種権利義務多不確定。而訴訟行為中，凡訊問、伝拘、攝、扣押等，均無一定界限。吏役得因縁為姦，小民愈深懐不平。偶有触発，即起風潮。推其原因，訴訟暫行章程不早頒行亦当分任其責。此司法独立之缺点又一也］。

すなわち、訴訟法の整備は技術的な補完だけではなく、司法独立を支え、さらに「予備期」の立憲を完成させるための不可欠な前提条件として把握されていた。訴訟法の編纂が「万不容緩」とされた根底には、立憲政体の確立がなお遙かに先のことであるとの認識に支えられた深い危機感が存在していたのである。

更に注目すべきは、清末訴訟立法における「万不容緩」という認識が、

制度面にとどまらず思想面においても強く顕在化していたという点である。このことは、「裁判の独立」への着目という形で現れる。すなわち、修訂法律館設立当初、沈家本らが「大清刑事民事訴訟法」に弁護士制度・陪審制度を導入し、西洋に倣った裁判独立を図った際、多くの官僚が「現制に適わず」として強く反発し、その施行に断固として反対した。ところが、「立憲」宣布後、形式上は西洋の憲政思想に基づく伝統的制度の改編、特に官制改革に着手すると、政治的空気は一変した。「裁判の独立」は、初期には一部の見識ある官僚によって提唱されるに過ぎなかったが、次第に各級官吏が競って唱和するスローガンとなって、奏摺にも頻出するようになった[63]。とはいえ、このような言説の氾濫は必ずしも思想の転換を意味していたわけではなく、政治的な風潮への適応という点があることも確かである[64]。「裁判の独立」が称揚されたにもかかわらず、地方で審判庁の設立が進められる段階では、「心を尽くして研究に従事する者であっても、なお解明すべき疑問は多く残されているが、速成を図り簡便さを求める者に至っては、行政と司法の区別すら理解していない［悉心研究竭力従事者、尚多疑難待剖之端、而意図速成以趨簡便者、且不知有行政司法之別］」状況が各地で見られた[65]。新たな審判庁設立後でさえ、「地方官が司法と行政の分権を理解しておらず、応じて負うべき責任も放棄する［往往有因地方官不明司法行政分権之故、於応負責任、亦復委卸］」事例が多く生じていた[66]。

以上より、清末の訴訟立法には、制度の急進的な整備と西洋法思想のやや拙速な受容が同時進行し、内在的基盤を欠いたまま政治改革に同調せざるを得ないという特徴が見て取れる。司法制度の整備という課題そのものが、立憲君主制への移行という政治プロセスの一部として位置づけられており、清末の混乱期におけるその目まぐるしい動向と挫折が、司法制度改

63）張従容「晩清官員的司法独立観」『比較法研究』4 号（2003年）1 -15頁。
64）李啓成『晩清各級審判庁研究』（北京大学出版社、2004年）2 頁参照。
65）前掲『大清法規大全』1871-1872頁。
66）劉錦藻『清朝続文献通考』（商務印書館、1936年）巻一百三十三、考八九二三－考八九二七。

革の実行に至るまでの過程に影響を与えたと考えるのが自然であろう。このように、「民事刑事訴訟暫行章程」の公布が実現しなかった背景を考える際には、当時の政治状況との関連を視野に入れる必要があるのである。本章で整理してきた時間的経緯に即して検討するならば、汪栄宝が1910（宣統２）年５月に劉若曽と訴訟章程の奏摺・草案について協議していたこと、また法部が資政院会議での審議を念頭に本章程の提出を一時的に催促したことの意味を再確認する必要があろう。同年においては、国会速開請願運動の高揚とその後の挫折[67]、並びにそれに伴う立憲派の政治的影響力の後退といった政治的動揺が生じており、これらの要因が訴訟法整備に向けられていた関心を弱めた可能性は否定できない。これらが直接的な因果関係であったか、或いは他の要因がより大きかったかについては、さらなる史料の発掘と分析を待たねばならないが、翌年の清朝崩壊によって、立憲体制の構築の試みそのものも未完のまま終焉を迎えることとなったのである。

㈣　小　括

清末期に立案されながら公布に至らなかった「民事刑事訴訟暫行章程」の成立過程及び「大清民事訴訟律」「大清刑事訴訟律」との時系列的関係を整理すると、清末の訴訟立法が置かれていた制度的・政治的状況の一端が明らかとなる。すなわち、立憲体制準備の進展の下で裁判所制度の整備が先行する一方、これを実施するための訴訟法が欠如するという状況が生じ、過渡的な対処として本章程の必要性が提起されたのである。このような背景をもつ本章程は「大清民事訴訟律」「大清刑事訴訟律」から条文を選択的に抽出して成立したのではなく、その修訂と並行する過程において取捨・統合された法案であった。そして、「万不容緩」と繰り返し強調されながらも本章程が公布に至らなかった帰結について、本稿は、清末訴訟

67）　章博「従冷眼旁観到衾夜奔走：汪栄宝参与清季国会請願運動的歴程」『華中師範大学学報（人文社会科学版）』57巻５号（2018年）137-148頁、汪前掲『汪栄宝日記』207-210頁参照。

立法が新政・立憲運動と緊密に連動した政治的制度改革であったという視角から捉え直し、その帰結が立憲体制の未成熟や政治過程の挫折に規定されていた可能性を示した。

以上のように、「民事刑事訴訟暫行章程」は、清末期という法制転換期における訴訟立法の動態と限界、すなわち制度の急速な構想とその実現基盤の不安定さとを同時に映し出す存在であったと本稿は位置づける。

三　比較法的視野からみた「民事刑事訴訟暫行章程」――清末訴訟法の編纂と「知の連鎖」

㈠「民事刑事訴訟暫行章程」の内容――清末の他の法案との比較に基づいて

1　内　容

「民事刑事訴訟暫行章程」（全六編・390条）は、その提案時の位置づけからみて、前述のように「大清刑事民事訴訟法」が棚上げされた後、「大清刑事訴訟律」「大清民事訴訟律」が施行されるまでの間に暫定的に適用されることを想定したものであり、その意味においては「大清刑事訴訟律」「大清民事訴訟律」に先立つ段階に位置づけられる。また、刑事訴訟と民事訴訟の規定を一つの訴訟法典の中に併置するという点で、「大清刑事民事訴訟法」と共通する構成をも有している。以下本稿においては、これら諸法案との関連に留意しつつその内容を比較検討することにより、清末における訴訟立法構想の変容の方向性を明らかにする。

まず、全体の編別構造に関しては、「大清刑事民事訴訟法」（全五章・263条）の五章を並列した構成とは異なり、全体をまず六編に分け、その下に諸章を配している。「大清刑事民事訴訟法」は単に刑事規則、民事規則、及び、刑事民事通用規則を区別したに過ぎなかったのに対して、「民事刑事訴訟暫行章程」は、刑事と民事の分離がなされていないという点は既存の訴訟法案と同一であるものの、その編別は総則のほか、民事事件、刑事事件、上訴及再審、私訴、裁判之執行の各編を置く形に整理されている。

なお、「大清刑事民事訴訟法」にみられた第五章「中外交渉案件」は、「法律を改正して主権の回復を期する以上、主権を損ない国家を辱めるような規定は断じて記載すべきではない［今日修改法律期挽主権則失権辱国之文断不宜載于法律］」との批判を受けたこともあり[68]、編纂後の立法状況のもとでは再び取り上げられることはなかったものと思われる。また、詳しくは後述するが、「大清刑事訴訟律」「大清民事訴訟律」には規定がないにもかかわらず「私訴」「裁判之執行」が独立の編として訴訟法の中に盛り込まれている点も注目される。

訴訟手続の面では、第二編の民事事件においては、費用徴収手続を明確化し、共同訴訟・代表訴訟等複数当事者訴訟の規定を整備した。さらに審級制度も精緻化され、地方審判庁の第一審手続と初級審判庁手続が区別して規定された。第三編の刑事事件では、手続が捜査・予審・公判の三段階に分節化され、「司法警察官吏」の章を設けて出頭・逮捕・訊問等の権限を明確化し、捜査段階の体系化が進んだ。加えて、「大理院特別案件手続」が新設されているのは、「大理院審判編制法」の成立による司法制度の整備が訴訟立法に及ぼした帰結であったと理解される。

さらに、「民事刑事訴訟暫行章程」はいくつかの新しい制度を導入している。例えば、上訴制度について、控訴・上告・抗告に審級を区分し、それぞれ事実審・法律審・手続異議に対応させ、再審手続の開始と審理方式を整備した。また、第六編として組み込まれた民事執行制度では、金銭債権と非金銭債権の執行を区別しただけでなく、動産・不動産・債権等異なる執行方法を導入し、仮差押え・仮処分等の保全手続を規定しており、いずれも大陸法系の執行制度を継受したことを示している[69]。そして特に注目されるのは、私訴制度である。これは附帯私訴の手続、すなわち当事者資格、請求範囲、審理手続及び上訴規則等を規定しており、前述の「各級審判庁試辦章程」第47条「公訴の際に、併せて贓物の返還、損害の賠償

68） 趙前掲『訴訟法駁議部居』68頁。

69） 張勤「清末民初的民事訴訟法及大陸法系的影響——以法典結構為視角」『外国法制史研究』 0 号（2009年）399-407頁参照。

及び名誉の回復を求める場合を附帯私訴とする［於公訴時並請求追還贓物、賠償損害及恢復名誉者、曰附帯私訴］」における附帯私訴制度に対応するものと思われる[70]。

要するに、後述するように日本顧問の招聘と日本法のより全面的な継受の結果、「民事刑事訴訟暫行章程」は、その規定の詳細さ、編別の体系性、さらには日本法を媒介とする大陸法型の訴訟原理・制度の継受の程度において、頒行されずに終わった「大清刑事民事訴訟法」をはるかに凌ぐ水準の内容を備え、かつ、「大清刑事訴訟律」「大清民事訴訟律」とは異なる特徴も見出される。清末の法制改革に関しては、同時期に多くの「暫行章程」、すなわち「法官考試任用暫行章程」（14条）、「司法区域分劃暫行章程」（10条）、「初級暨地方審判庁管轄案件暫行章程」（12条）が制定されているが、これらの内容を比較しても、「民事刑事訴訟暫行章程」は名称上「暫行章程」とされながらも、その内容は体系的かつ網羅的であったと評し得る。

2　「大清民事訴訟律」「大清刑事訴訟律」との内容的関係

まさしく「暫行」という法令名が端的に示すように、「民事刑事訴訟暫行章程」は併行して編纂されていた「大清民事訴訟律」「大清刑事訴訟律」が施行されるまでの応急的なものであった、と考えられる。

管見の限り、直接的な史料による確証は見出されないが、何度か言及した「法院編制法」の奏摺によれば、「民事刑事訴訟暫行章程」は「訴訟律の中から緊急を要する条項」を選択し統合して成ったものであるため、本章程の大部分の内容は、「大清民事訴訟律」「大清刑事訴訟律」に見出すことができるはずである。前述のように、先行研究においては、「大清刑事訴訟律」「大清民事訴訟律」との全体的な内容上の類似性等から、現存する「民事刑事訴訟暫行章程」が奏摺にいう「訴訟暫行章程」であると考えられている。とりわけ、「大清民事訴訟律」との間には、条文対照により

70）　胡暁「従「私訴」到「附帯民事訴訟」：近代中国一個訴訟法概念的跨語際実践」『南大法学』 5 号（2024年）136頁。

表 1

「民事刑事訴訟暫行章程」	「大清刑事訴訟律」
第一百四十八条 遇有左列各款情形，由上級審判衙門合併管轄之： 第一，被告人犯数罪中，其事物管轄不同者。 第二，共犯内一人犯数罪，其事物管轄不同者。 第三，共犯内一人別有共犯罪，該共犯内一人犯数罪，其事物管轄不同者。	第九条 遇有下列各款情形，由上級審判衙門合并管轄之： 第一，被告人犯数罪中，其事物管轄不同者。 第二，共犯内一人犯数罪，其事物管轄不同者。 第三，共犯内一人別有共犯罪、該共犯内一人犯数罪，其事物管轄不同者。
第一百五十五条 左列各員為検察官及司法警察官之輔佐，受其命令為司法警察吏，実施捜査犯罪： 第一，巡警。 第二，有警察権限軍隊之兵卒。	第四十九条 下列各員為検察官及司法警察官之補助、受其命令，為司法警察吏実施捜査犯罪： 第一，巡警。 第二，憲兵卒。
第一百六十七条 検察官或司法警察官于偵査或予審中現有拘攝権者，得以拘攝之事，嘱託被告人所在地之検察官、司法警察官及其余特有拘攝権限之官。 審判官于起訴後現有拘攝権者，得以拘攝之事，嘱託被告人所在地之初級審判庁推事或前項所掲官吏。 依電信、電話嘱託拘攝者，応用預定暗号。 受託官吏実施拘攝者，与嘱託官吏有同等権限。	第九十五条 検察官或司法警察官于偵査或予審中現有拘攝権者，得以其拘攝之事，嘱託被告人所在地之検察官、司法警察官及其余特有拘攝権限之官吏； 審判官于起訴後，現有拘攝権者，得以拘攝之事，嘱託被告人所在地之初級審判庁推事或前項所掲官吏。 依電信、電話嘱託拘攝者，応用豫定暗号。 受託官吏実施拘攝者，与嘱託官吏有同等権限。
第二百二十六条 地方審判庁不問開始弁論前後，得就該庁庭員或独任推事中指定受命推事，命調査特定証拠或其他事宜。 受命推事因調査特定証拠，有為一切必要処分之権。	第三百二十条 地方審判庁不問開始弁論前后，得就該庁庭員或独任推事中指定受命推事，命調査特定証拠或其它事由。 受命推事調査特定証拠，有為一切必要処分之権。
第三百八十二条 没収物応破毀全部或一部者，由検察官処分之。 偽造物応還給全部或一部者，検察官得分別情形，変更其形状、破毀其一部或表示其偽造之処還給之。	第四百九十七条 没収物応破毀全部或一部者，由検察官処分之。 第四百九十八条 偽造物応還給全部或一部者，検察官得分別情形，変更其形状，破毀其一部或表示其偽造之処，還給之。

＊1 「民事刑事訴訟暫行章程」の内容は、陳剛編『中国民事訴訟法制百年進程：清末時期・第3巻』（中国法制出版社、2009年）19-97頁参照。

＊2 「大清刑事訴訟律」の内容は、沈家本『大清刑事訴訟律案草案』（修訂法律館鉛印本、1910年）参照。

多くの一致が認められることが既に指摘されている[71]。これに対し、上掲表 1 にみられるように、本章程は「大清刑事訴訟律」との間にも多くの

71） 呉前掲「『民事刑事訴訟暫行章程』考略」34頁。

一致を示しており、部分的にはほぼ同一の文言が用いられている箇所も確認できる。

さらに、本章程第 1 条は、「各級審判衙門がすでに法院編制法に従って編制を完了している場合には、民事・刑事の各事件は、すべて当該審判衙門において審判されるものとする。〔中略〕訴訟手続については、法院編制法及び本章程の規定を準用する［各級審判衙門已按法院編制法既経編制者、民事、刑事案件均由該審判衙門審判。〔中略〕訴訟程序応準用法院編制法及本章程之規定］」と明示しており、また、第377条は、死刑の確定及び執行について「大清刑律、大清刑事訴訟律が施行されるに至るまでの間は、暫く従前の規定を遵照してこれを取り扱う［当未実施大清刑律、大清刑事訴訟律以前、暫遵照向章辦理］」と規定する。これらの表現からも、本章程は「法院編制法」の公布後、「大清民事訴訟律」「大清刑事訴訟律」の施行に先立つ暫定的なものとして位置づけられていたと理解できる。

条文全体を通覧すれば、「大清刑事訴訟律」「大清民事訴訟律」の規定の方が、より完成度の高い、かつ精緻な内容を備えている。例えば、民事事件における地方第一審手続の判決手続を例に取ると、「大清民事訴訟律」第467条・第468条に判決の宣告日や宣告方法について明記されていたが、こうした実務的な規定は「民事刑事訴訟暫行章程」には見られない。このような細かい相違点は、他の多くの規定においても確認される。もっとも、このことは本章程の意義を否定するものではない。むしろ、本章程は「大清民事訴訟律」「大清刑事訴訟律」の草案との密接な関連を有しながらも、私訴及び強制執行といった独自の規定を取り込み、「法院編制法」施行後の過渡的状況に対応しようとした点において、極めて意欲的な法案であったと評価できる。

3　「民事刑事訴訟暫行章程」と裁判（所）法――民事と刑事

清末の立法における重要な論点である刑事と民事の区分に関して言えば、まず、司法制度の整備においてその端緒が見られる[72)]。すなわち、「大理院

72）　島田前掲『清末における近代的法典の編纂』103-104頁参照。

審判編制法」においては、先行して起草された「大清刑事民事訴訟法」に見られた「叛逆」「故殺」「錢債」といった伝統的中国律令の色彩を帯びた用語を排し、より近代的な用語を採用した上で、第一審裁判所が管轄する刑事・民事案件を列挙する形式によって両者を区別する方式が採られた。その後「法院編制法」においては、刑事と民事の案件を如何に区別するかについて明確な規定は設けられなかったものの、同時に頒行された「初級暨地方審判庁管轄案件暫行章程」においては、「大理院審判編制法」と同様に、まず初級審判庁と地方審判庁の管轄を区分した上で、初級審判庁の「民事案件」についての第一審管轄権を、①金銭貸借、②田畑・住宅、③器物、④売買、⑤旅先での宿泊・食事費用、⑥物品の寄託又は運送、⑦3年以下の雇用契約、⑧その他の民事案件と規定し、⑤から⑦までの類型を除きその対象を価額二百両未満のものに限定する。一方、「刑事案件」についての第一審管轄権は、①現行刑律において罰金刑以下の刑、②その他の法令において罰金二百圓以下又は禁錮一年以下若しくは拘留にあたる刑を区分する形で規定している[73]。

しかしながら、上述のように「法院編制法」に対応するために制定された「民事刑事訴訟暫行章程」はまず民事事件につき、第69条において以下のように規定する。

> 初級審判庁は左に掲げる民事案件について第一審管轄権を有す。
> 第一、金銭又は物品に関する訴訟で、その数額又は価額が三百圓以下のもの。
> 第二、左の各号の案件その価額の多寡を問わない。
> 一、家屋の引受けもしくは譲渡、使用、修繕、又は借家の家具・物品の留置に関する訴訟。二、雇用契約に関する訴訟で、その期間が一年以下のもの。
> 三、旅客の手荷物、金銭、物品の寄託に関する訴訟。
> 四、旅客の宿泊費、食費、運送費等に関する訴訟。
> 五、占有権に関する訴訟。

73)『政治官報』（宣統元年12月28日）第826号。それぞれの地方審判庁についての規定は省略した。なお、原史料では民事部分に「両」、刑事部分に「圓」が用いられているが、その理由は不詳である。

六、不動産の経界に関する訴訟。

［初級審判庁於左列民事案件有第一審管轄権。

第一、因金銭或物品涉訟、其数目或価額在三百元以下者。

第二、左列各号案件則不問其価額之多寡：

一、因接収房屋或遷譲、使用、修繕、或因留置租房之家具、物品涉訟者。

二、因雇傭契約涉訟、其期限在一年以下者。

三、因旅客寄放行李、款項、物品涉訟者。

四、因旅客房、飯、運送等費用涉訟者。

五、因占有権涉訟者。

六、因不動産経界涉訟者。］

また、刑事事件につき、第145条において以下を列挙する。

初級審判庁は左に掲げる刑事案件について第一審管轄権を有す。

第一、現行刑律に照らし、徒刑以下の刑を科すべき犯罪。

第二、その他の法令に照らし左の各刑を科すべき犯罪。

一、三百圓以下の罰金に処すべき犯罪。

二、三年以下の禁錮に処すべき犯罪。

三、四等以下有期徒刑又は拘役に処すべき犯罪。

四、窃盗案件。

［初級審判庁於左列刑事案件有第一審管轄権：

第一、依現行刑律応科徒刑以下之罪。

第二、依其他法令応科左列各刑之罪：

一、三百元以下罰金之罪。

二、監禁三年以下之罪。

三、四等以下有期徒刑或拘役。

四、窃盗案件。］

これらの条文は、形式的には列挙方式を採っているものの、その内容を見ると、「初級暨地方審判庁管轄案件暫行章程」よりも体系的に種々の民事案件が「金銭又は物品に関する訴訟」という条項に統合されており、管

轄の価額基準をも三百圓に統一して引き上げるとともに、占有権及び不動産の境界に関する訴訟を管轄に加えていることがわかる。また、刑事案件においては、「民事刑事訴訟暫行章程」は罰金及び禁錮期間の基準を引き上げ、窃盗案件を初級審判庁の第一審管轄に帰属させていることが注目される。

ところで、上述の本章程第69条とほぼ同一の内容をもつ「大清民事訴訟律」第 2 条の立法理由は、「軽微な事件及び迅速な結審を要する事件は、初級審判庁の管轄とし、簡易な手続により終結させるべきである。本条はこれを以て設けられた［軽微事件及須迅結事件、応帰初級審判庁管轄、使拠簡易辦法以終結之。本条之設以此］」と説明しているが[74]、これら二つの条文の構造が、日本の裁判所構成法14条[75]、及び同法中改正法律（明治38年法律第67号）16条の 1 において、区裁判所の第一審管轄に窃盗事件を加える旨を規定した条文[76]と極めて類似している点は、これらの立法に対す

74） 陳前掲『中国民事訴訟法制百年進程：清末時期・第 2 巻』 9 頁。

75） 區裁判所ハ民事訴訟ニ於テ左ノ事項ニ付裁判權ヲ有ス但シ反訴ニ關リテハ民事訴訟法ノ定ムル所ニ依ル

第一　百圓ヲ超過セサル金額又ハ價額百圓ヲ超過セサル物ニ關ル請求

第二　價額ニ拘ラス左ノ訴訟

（イ）　住家其ノ他ノ建物又ハ其ノ或ル部分ノ受取明渡使用占據若ハ修繕ニ關リ又ハ賃借人ノ家具若ハ所持品ヲ賃貸人ノ差押ヘタルコトニ關リ賃貸人ト賃借人トノ間ニ起リタル訴訟

（ロ）　不動産ノ經界ノミニ關ル訴訟

（ハ）　占有ノミニ關ル訴訟

（ニ）　雇主ト雇人トノ間ニ雇期限一年以下ノ契約ニ關リ起リタル訴訟

（ホ）　左ニ掲ケタル事項ニ付旅人ト旅店若ハ飲食店ノ主人トノ間ニ又ハ旅人ト水陸運送人トノ間ニ起リタル訴訟

（一）　賄料又ハ宿料又ハ旅人ノ運送料又ハ之ニ伴フ手荷物ノ運送料

（二）　旅店若ハ飲食店ノ主人又ハ運送人ニ旅人ヨリ保護ノ爲預ケタル手荷物金錢又ハ有價物

76） 區裁判所ハ刑事ニ於テ左ノ事項ニ付裁判權ヲ有ス但第二以下ニ記載シタル罪ハ豫審ヲ經サルモノニ限ル

第一　違警罪

第二　竊盜ノ罪

第三　二百圓ヲ超過スル罰金ヲ併科又ハ附加セサル本刑以下ノ禁錮ニ該ル罪

る日本法の影響の観点から看過できない。ところが、実務に目を向ければ、初級審判庁では、依然として民事と刑事を分かたない独任制が採られていたことが知られている[77]。すなわち、立法の形式面では日本の法律に倣いつつも、司法機関を組織する段階ではこれに応じた調整がなされず、条文に示された「民刑分立」の理念は、実際の裁判機関では貫徹されなかったのである。換言すれば、清末の司法改革は、立法上の近代化と制度運営での伝統の残存が併存したという特徴を有していた。

更に、刑事と民事の区分については、法令名の決定、及び編別の構成をめぐる極めて興味深いやりとりが見出される。前述の修訂法律館と法部との往復公文では、本章程は「刑事民事訴訟暫行章程」と称されていたほか、これ以前に起草された「刑事民事訴訟裁判等項法律」「大清刑事民事訴訟法」においても、いずれも「刑事」を「民事」に先置する命名順が採用されていたが、本章程は最終的に「民事刑事訴訟暫行章程」と命名されたのみならず、内容においても、「民事案件」が「刑事案件」に先行して規定されている。周知の通り、伝統中国の法体系は刑法を重視しており、民事法が独立した法分野として体系化されておらず、民事関係も律例体系の枠組みの中で処理されていた。そのため、ここで民事を先置することは、必ずしも自明な選択ではなかった。それでは、なぜ従来とは異なる順序が採用されたのであろうか。

この命名順の変化については、「法院編制法」における民事・刑事案件の再定位が重要な手掛かりとなる。中国第一歴史档案館に現存する「法院編制法」草案の修正稿[78]によれば、まさにこの民刑順序に関わる決定過程が確認できる。原案は「審判庁掌審判民事、刑事一切訴訟案件」と規定していたところ、まず一人目の修正者は「民事、刑事」の順序を「刑事、民事」へと改め、「刑事事件は件数が最も多いであり最も重要であること、また現行官制においても刑民科の順序は刑事が先である以上、刑事を民事

第四　本刑二百圓ヲ超過セサル罰金ニ該ル罪

77）汪慶祺編『各省審判庁判牘』（北京大学出版社、2007年）3頁参照。

78）中国第一歴史档案館、档号09-01-04-0052-069。

に先立てるべきである［刑事最多亦最重要，現行官制所定刑民科也是這一順序，因此応刑事先於民事］」と理由付けた。これに対し、第二の修正者は原案順序を維持すべきであると主張し、その理由として「訴訟事件において民事を先に置くことは各国の通例であり、官制改革の際に旧習に従って刑事を前に置いたことは誤りである。むしろ法院編制法においてこれを是正すべきである。仮に大清律例[79]においても、戸律が刑律に先行していることがその証左である［訴訟案件，民事先於刑事為各国通例，従前改定官制，因沿旧習以刑事列前本属錯誤，方頼編制法為之更正。即以大清律例一書例之，亦係戸律先於刑律也］」と述べた[80]。最終的に、「法院編制法」第 2 条は「審判庁掌審判民事、刑事一切訴訟案件」と規定し、民事を刑事に先置する立場が採用された。以上の経緯を踏まえれば、「民事刑事訴訟暫行章程」と「法院編制法」の起草時期が近接し、かつその起草に関与した人員構成が重複していた可能性が高いことを考えると、本章程において民事が刑事に先置されたことも十分理解できるものと言えよう。

㈡ 「民事刑事訴訟暫行章程」と日本

上述のように、1907（光緒33）年、法部から独立した修訂法律館が再編され、分設された二科において刑事・民事訴訟法の調査・起草が着手されたが、この再編にあたって沈家本らは、法学的素養や才識を備えた30名を奏上して入館させた[81]。そのうち19名が日本または欧米へ留学した経験を有する留学生であり、なかでも日本への留学生が14名を占めることは

79） 大清律例に関する研究はすでに多数にのぼるため、さしあたり張晋藩『清律研究』（法律出版社、1992年）、島田正郎『清朝蒙古例の研究』（創文社、1982年）、陳惠馨『清代法制新探：以「大清律例」為核心』（元照出版、2022年）等が挙げられる。

80） 当該箇所の修正については、筆跡から二名の修正者によるものであると判断できるが、修正を行った具体的な人物については、現時点では特定し得ない。

81） 『政治官報』（光緒33年11月 2 日）第42号。

注目されよう[82]。翌年、修訂法律館は諮議官[83]を奏請し、その結果、12名の日本留学経験を有する官員が選任された[84]。当初は修訂法律館の諮議官であった汪栄宝は、1909（宣統元）年に章宗祥に代わって第二科の総纂に任ぜられ[85]、修訂法律館における法典編纂事業に直接従事するようになり、訴訟法の編纂に深く関与することとなった。『汪栄宝日記』の記述からも、修訂法律館において、日本人顧問である岡田朝太郎及び松岡義正[86]を含め、日本留学経験を有する法政系人材を中心とする人的ネットワークが形成されていたことがうかがえる。

一方、考察憲政大臣であった載沢[87]が日本視察から帰国後に憲政の必要性を説いた際、「今日、政治改革を論じる者は多く日本の制度を範としており、これを一概に非難することはできない。気候・風土・宗教・民情の諸点において中国と近似し、外圧への対応も閉関から開港へと至る点で共通している。同治年間と明治初年は時期・状況ともに近接していたが、日

82）　このうち王寵惠は渡米前に日本でも学んだ経験を持つ者だが、それ以外の13名、すなわち、章宗祥、陸宗輿、曹汝霖、呉振麟、范熙壬、許同莘、汪有齢、江庸、張孝移、熊垓、程明超、高種、朱献文は、いずれも日本の官立・私立大学に留学した者たちであった。尚小明『留日学生与清末新政』（江西教育出版社、2002年）116頁、前掲『政治官報』第42号参照。

83）　官制改革以降に新設された顧問官職。主として学部、法律館等の機関に配置された。その職務は法律の修訂に対する参考意見を提供することにあり、原則として法典の起草や審査には直接関与しなかった。

84）『政治官報』（光緒34年10月12日）第370号参照。

85）　汪前掲『汪栄宝日記』23頁。

86）　清末中国における松岡の活動について、熊達雲『清末中国の法制近代化と日本人顧問：松岡義正と民事関係法の編纂をめぐって』（明石書店、2023年）、西前掲『近代中華民国法制の構築』282-286頁等を参照されたい。

87）　愛新覚羅・載沢（1868-1929）は、清末の宗室出身の大臣、立憲派の重要人物の一人である。満洲正黄旗人。1905（光緒31）年７月、清政府により、載沢は他の四名の大臣とともに欧米諸国を巡り、各国の立憲政治の仕組みを調査した。とりわけ日本やドイツ等の君主立憲体制を視察した。帰国後、「奏請宣布立憲密摺」を奏上し、日本の憲政体制を最も高く評価し、日本及びドイツの制度を範として君主立憲制を実施すべきことを強く主張した。遅雲飛『清代人物伝稿（下編）』第９巻（遼寧人民出版社、1993年）192-197頁、潘崇『清末五大臣出洋考察研究』（中国社会科学出版社、2014年）参照。

本が発展を遂げたのに対し、中国は方向を誤り、その結果は大きく分かれた。ゆえに、今日において方針を転換し迅速に追随すれば、事半功倍の効果が期待できる［今之言改政者，莫不胎範于日本之制，是未可以厚非也。天時、地度、国土、宗教、民情，皆与我為近，外界之逼処，始于閉関而終于開港，同治之事，明治之元，事同而時接，顧人則進而愈上，我則歧多羊亡，成敗之数遂以懸絶，及今而翻然改図，急起直追，宜乎事半而功倍也］」と述べたことに象徴されるように[88]、清末の政治改革においては日本を範とする変革モデルが広く共有された。このような政治改革の一環として、司法改革においても日本を模範とする姿勢がみられた。すなわち、官制改革の初期段階では、日本の制度を参考に三審制を基盤とする裁判機構の設立が計画され、「日本の成立法を応用し、区裁判所を郷讞局と改め、地方裁判所を地方裁判庁と改め、控訴院を高等審判庁と改め、大理院がこれを統轄する［変通日本成法，改区裁判所為郷讞局，改地方裁判所為地方裁判庁，改控訴院為高等審判庁，而以大理院総其成］」方針が打ち出された[89]。その後、「大理院審判編制法」においてこの三審制に関する規定が明確化され、それは後の「各級審判庁試辦章程」や「法院編制法」に継承された。前述の部院の争いの中心人物の一人であり、立法権をめぐって沈家本と対立した張仁黼[90]も、法制改革の方向性については「日本の法律はもと支那法系に属していたが、近年は独・仏諸国の法を取り入れ、その国力は次第に増大している〔中略〕日本は東アジアにおける先駆者であり、参照すべき対象として十分に値する［日本法律本属支那法系，而今則取法于徳、法諸国，其国勢乃日益強〔中略〕惟日本特為東亜之先駆，為足以備聖明之采

88） 何佳馨編『新訳日本法規大全・点校本・第一巻』（商務印書館、2007年） 3頁。

89） 懐效鋒編『清末法制改革史料（上巻）』（中国政法大学出版社、2010年）389頁。

90） 張仁黼（1848-1908）は、清末の大臣である。前述の「部院の争い」の主要人物の一人である。1906（光緒32）年には法部右侍郎に任ぜられ、翌年には大理院卿に就任した。官制改革後、修訂法律大臣の沈家本による法典の起草権に否定的な立場を取ったとされる。李前掲『沈家本評伝』143-149頁参照。

択]」と主張し、日本法を範とすべきことを強調した[91]。更に、新たな法制が十分に整備されていない状況では、裁判実務において日本の規定が直接に参照される事例も見られた[92]。

それでは、このような人的構成の再編に支えられ、実際に日本の司法制度が広範に受容されていく際に、訴訟法はいかなる経路を通じて日本から学び取られていったのであろうか。本稿では以下、先行して起草された「大清刑事民事訴訟法」が採った民事と刑事の未分の体系を引き継ぎつつ、「大清民事訴訟律」「大清刑事訴訟律」の内容をも併せ持つ「民事刑事訴訟暫行章程」を手がかりに、その受容の実相を明らかにする。具体的には、日本において既に成立していた法律テキストの直接的な継受、日本人法律顧問の招聘を通じた日本国内で審議途上にあった最新の法律案及び法理念の継受、そして日本を媒介とした他の西欧諸国の訴訟法理念と制度設計の間接的な継受という三つの側面から考察を進める。

1　テキスト翻訳による日本法の継受

清末における訴訟法の立案が本格的に着手され、後述のように、日本から招かれた法律顧問が体系的に法典編纂に関与する以前より、修訂法律館内部では既に日本法を中心とする翻訳事業が展開されていた。沈家本は奏摺において、修訂法律館開館後の翻訳事業として、日本の現行刑法、改正刑法、陸軍刑法、海軍刑法、刑事訴訟法、監獄法、裁判所構成法、刑法義解等の翻訳が進められていたことを報告している[93]。このように特に日本

91）　蘇亦工『明清律典与条例』（中国政法大学出版社、2000年）366頁。

92）　1910（宣統２）年、蕪湖地方審判庁は電灯の私設をめぐる事件を審理したが、当該事案に関する規定が存在しなかったため、盗電の成否をめぐって当事者間に争いが生じた。そこで同審判庁は、日本における窃電規定を参照し、窃電には「他人の設備を利用する場合」と「費用は僅少であるが利益が著しく大きい場合」の二種の情況があるとしたうえで、被告が「使用を停止していた十盞の灯を無断で使用した」行為は後者に類似すると判断し、損害賠償、罰金及び訴訟費用の負担を命じた。汪前掲『各省審判庁判牘』134-135頁参照。実務における日本法の適用については、別稿にて詳述する予定である。

93）　沈家本「刪除律例内重法摺」『歴代刑法考（四）・寄簃文存』（中華書局、

法に重点を置いた広範かつ大規模な翻訳活動についても、沈家本によって「中国と日本の両国は、政治・教化、文字、風俗・慣習において共通しており、この点からすれば特に疑問の余地はない［中、日両国，政教同，文字同，風俗習尚同，借鑑而観，正可無庸疑慮也］」と指摘されている[94]。すなわち、日本法への優先的な参照は偶然ではなく、清末の法制近代化初期において、沈家本ら法制官僚によって主体的に選択された結果であったのである。1906（光緒32）年、「大清刑事民事訴訟法」を奏上するにあたり、修訂法律大臣の沈家本・伍廷芳は、日本が明治維新以後に法権回復を実現した経験に言及した上で、その要因は裁判・訴訟制度の整備にあったと論じ[95]、日本が条約改正に成功した経験と訴訟法制定の意義を結び付け、これを手本とすべきことを明確に示した。

実際、「大清刑事民事訴訟法」の条文を検討すると、明治23年刑事訴訟法の規定をほぼ直訳した条文が複数確認でき、少なくとも 5 条が直接の翻訳と見なし得る[96]。

また、先行研究によれば、「民事刑事訴訟暫行章程」の主要な淵源の一つである「大清刑事訴訟律」も、その一部は明治23年刑事訴訟法を参照して編纂されたことが指摘されている[97]。「民事刑事訴訟暫行章程」と明治23年刑事訴訟法との両者を直接比較すると、確かに両者の条文には類似点が多く見られる。しかしながら、興味深いことに、同じ明治23年刑事訴訟法を参照しているにもかかわらず、「大清刑事民事訴訟法」において採用された明治23年刑事訴訟法由来の条文は、「民事刑事訴訟暫行章程」及び「大清刑事訴訟律」では採用されていないのである。この具体的な理由についてはなお詳細な史料的検討を要するが、「大清刑事民事訴訟法」

1985年）2024頁。

94） 沈前掲「刪除律例内重法摺」2024頁。

95） 伍前掲「奏訴訟法請先試辦摺」279-280頁。

96） 日本法律顧問が体系的に法典編纂に関与する前に、日本法を参照する状況については、呉前掲「清末中国における近代的訴訟法典編纂の端緒」226-231頁参照。

97） 黄源盛「近代刑事訴訟的生成与展開——大理院関于刑事訴訟程序判決箋釈（1912-1914）」『清華法学』 2 号（2006年）94頁。

において直訳的に採用された諸条文は、翻訳を基礎とした初期段階の立法における、言わば「仮置き」的な規定であり、その後、日本人法律顧問の参与を経て、より論理的な訴訟法体系が再構築された際、立法関係者による能動的な取捨選択が行われた結果、採用が見送られたものと考えられる。しかし、一点確実に言えることは、すぐ後に詳述するが、修訂法律館調査員としての日本法律顧問が正式に立法作業に関与する以前より、清末の法典編纂者たちが既に翻訳を通じて日本の諸法典を参照し、訴訟法の近代化の歩みを始めていたという事実である。すなわち、このテキスト翻訳に基づく日本法の継受は、清末訴訟法改革における日本法の影響の第一段階を構成し、この後より深く体系的な法継受に対する知的・制度的基盤を準備したのである。

2　日本法律顧問による立法案・法理念の継受

清による日本人顧問の招聘は日清戦争後の1896年に始まり、「清末新政」の進展とともに急速に拡大した[98]。このような日本人専門家の大規模招聘の潮流の中で、立憲事業の推進に伴う法制整備の必要に応じて、修訂法律館及び附設の京師法律学堂もまた、日本から岡田朝太郎、松岡義正、小河滋次郎、志田鉀太郎ら著名な法学者・法曹実務家を招聘し、法学教習を兼ねる「調査員」として法制改革に参画させたことは良く知られている[99]。日本人法律専門家が全面的に関与した清末期は、日本法が中国法に最も広範に、かつその基礎的な部分にまで影響を及ぼした時期であったと言える[100]。

従来、清末訴訟立法における日本法継受は、主として明治23年民事訴訟法・同年刑事訴訟法等の既施行法典との条文の対応関係という観点から把握されてきた。具体的には、「大清民事訴訟律」は、日本民事訴訟法の単なる翻訳ではなく、編纂者独自の構想に基づく「中国の法典」と評価さ

98）　熊前掲『清末中国の法制近代化と日本人顧問』51頁。
99）　熊前掲『清末中国の法制近代化と日本人顧問』89頁。
100）　李前掲『沈家本伝』261頁。

れてきたことは、その一例であり[101]、その内容が明治23年民事訴訟法とほとんど一致しないことに加えて、同法に存在した強制執行の規定が「大清民事訴訟律」には規定されていないこと等がその理由として挙げられていた[102]。しかし、この枠組みでは、日本法律顧問を通じて日本国内でなお審議途上にあった改正案や法理念の影響を視野に入れることは難しい。実際、近年の研究においては、「大清民事訴訟律」条文のうち約85％は、明治23年民事訴訟法が制定された後に法典調査会において審議された明治36年民事訴訟法改正案に由来することが明らかにされている[103]。そして、その両者の関係については、民事訴訟法改正案の起草に関与した松岡義正が、修訂法律館の法律顧問として招聘された際にこの草案を持参した可能性が高いと推測されている[104]。

このような視点から、「民事刑事訴訟暫行章程」を再検討すると、興味深い点が浮かび上がる。本章程の民事訴訟に関する条文の多くは「大清民事訴訟律」に対応するにもかかわらず、前述のように、強制執行に関する規定は「大清民事訴訟律」には見られない。しかし、表 2 に示す比較のとおり、「民事刑事訴訟暫行章程」の強制執行に関する条文にもまた、明治36年民事訴訟法改正案との間に高い類似性を見出すことができる。すなわち、強制執行に関する本章程の規定は、同改正案を直接参照しているものと考えられるのである。それでは、強制執行に関する規定のあり方が、並行して起草されていた「大清民事訴訟律」と「民事刑事訴訟暫行章程」の間で何故異なっているのか。この事実の示す意味については後に検討を加えたい。

さらに、上述のように「民事刑事訴訟暫行章程」第五編に規定されなが

101） 呉前掲「『大清民事訴訟律』修訂考析」191頁。
102） 呉前掲「『大清民事訴訟律』修訂考析」191頁。
103） 熊達雲「「大清民事訴訟律草案」と松岡義正との関係について」『研究年報社会科学研究』37号（2017年）43-144頁。明治36年民事訴訟法改正案の成立については、松本博之『民事訴訟法の立法史と解釈学』（信山社出版、2015年）、鈴木正裕『近代民事訴訟法史・日本』（有斐閣、2004年）等が詳しい。
104） 熊前掲「「大清民事訴訟律草案」と松岡義正との関係について」100頁。

表2

「民事刑事訴訟暫行章程」	「明治36年民事訴訟法改正案」
第三百二十二條　第一項　強制執行非有確定之終局判決或附有仮執行宣示之終局判決，不得為之。	第六百三十二條　強制執行ハ確定ノ終局判決又ハ假執行ノ宣言アリクル終局判決ニ因リテ之ヲ爲ス
第三百二十八條　強制執行依左列各款書状停止或限制之： 第一，有執行力之裁判正本而撤銷将執行之判決或其判決之仮執行者及宣示不許為強制執行或命令其停止者。 第二，裁判之正本記明暫行停止執行之命令者。 第三，証書中記明因免執行已経取保或提存財物者。 第四，証書中記明債権人于判決後已受支付或承認暫緩支付者。	第六百七十五條　強制執行ハ左ノ書面ノ提出アリタル場合ニ於テ之ヲ停止シ又ハ制限ス 一　執行スヘキ判決若クハ其假執行ヲ取消ス旨又ハ強制執行ヲ許サス若クハ其停止ヲ命スル旨ヲ記載シタル執行スルコトヲ得ヘキ裁判ノ正本 二　強制執行又ハ執行處分ノ一時停止ヲ命スル旨ヲ記載シタル裁判ノ正本 三　強制執行ヲチ免ルル爲メ擔保ヲ供シ又ハ供託ヲ爲シタル旨ヲ記載シタル書面 四　執行スヘキ判決ノ言渡後請求カ消滅シ又ハ辨濟ノ猶豫アリタル旨ヲ記載シタル書面
第三百二十九條　対于動産之強制執行応先行扣押。 扣押動産以判決正本所記之請求及強制執行費用所需之数額為限。 可以扣押之物僅足償強制執行費用者，不得為強制執行。	第六百九十二條　動産ニ對スル強制執行ハ差押ニ依リテ之ヲ爲ス 差押ハ執行正本ニ揭ケタル請求ノ辨濟ヲ爲シ且強制執行ノ費用ヲ償フニ足ルモノノ外ニ及ホスコトヲ得ス 差押ハ差押フヘキ物ヲ換價スルモ強制執行ノ費用ヲ償ヒ剩餘ヲ得ル見込ナキトキハ之ヲ爲スコトヲ得ス
第三百四十三條　扣押請求動産之債権，応由執行審判衙門命令将該動産交付債権人所委任之承発吏。 扣押請求不動産之債権，執行審判衙門因債権人之声請応命令将該不動産交付于不動産所在地初級審判庁所命之保管人。 已経交付之不動産，其強制執行応依不動産強制執行規定為之。	第七百五十一條　第一項　動産ノ請求ノ差押ニ付テハ請求ノ目的物ヲ執行ノ請求ヲ受ケタル執達吏ニ引渡スヘキコトヲ命スヘシ 第七百五十二條　不動産ノ請求ノ差押ニ付テハ債權者ノ申立ニ因リ請求ノ目的タル不動産所在地ノ區裁判所カ選任シタル保管人ニ不動産ヲ引渡スヘキコトヲ命スヘシ 保管人ニ引渡シタル不動産ノ換價及ヒ賣得金ノ配當ニ付テハ不動産ニ對スル強制執行ノ規定ヲ準用ス
第三百四十五條　対于不動産之強制執行，応依強制拍売法、強制管理為之。 債権人得併行両種方法或選択一種方法。	第七百七十六條　不動産ニ對スル強制執行ハ強制競賣又ハ強制管理ニ依リテ之ヲ爲ス 債務者ハ前項ニ揭ケタル二箇ノ方法ヲ併セテ強制執行ヲ爲スッコトヲ得
第三百五十八條　債務人応交付特定動産或一定数量之代替物者，由承発吏収取交付于債権人。	第九百十條　債務者カ特定ノ動産又ハ特定ノ動産中ヨリ一定ノ數量又ハ代替物ノ一定ノ數量ヲ引渡スヘキトキハ執達吏ハ其物ヲ債務者ヨリ取上ケ之ヲ債權者ニ引渡スヘシ
第三百六十一條　債務有可以強制履行之性質者，第一審受訴審判衙門因其声明応以決定命債務人于一定期間内履行其債務，併命于不履行時賠償損害。	第九百十五條　債務ノ性質カ強制履行チ許ス場合ニ於テ第一審ノ受訴裁判所ハ申立ニ因リ決定ヲ以テ相當ノ期間ヲ定メ債務者カ其期間内ニ履行ヲ爲ササルトキハ其遲延ノ期間ニ應シ一定ノ賠償ヲ爲スヘキ旨又ハ直チニ損害賠償ヲ爲スヘキ旨チ命スルコトヲ得

＊1　「民事刑事訴訟暫行章程」の内容は、陳前掲『中国民事訴訟法制百年進程：清末時期・第３巻』19-97頁参照。

＊2　「明治36年民事訴訟法改正案」の条文について、松本博之・河野正憲・徳田和幸編『民事訴訟法［大正改正編］(1)』（信山社、1993年）31-146頁参照。

ら、「大清刑事訴訟律」には採用されなかった私訴制度も、日本において起草段階にあった法律案が参照されたと思われる一例である[105]。当初、清政府が岡田朝太郎ら法律顧問を招聘した目的は、単に法律の編纂のみならず、法学教育を通じて新たな法律人材を育成するという重要な側面があった。このため、岡田は法律草案の編纂と並行して、京師法律学堂等において法学通論、刑法、法院編制法、刑事訴訟法等多岐にわたる講義を担当した。彼が講義した刑事訴訟法は、熊元襄によって整理編集され、『刑事訴訟法』として刊行されているが[106]、この講義録の中で、岡田は当時日本で審議中であった「改定刑事訴訟法（草案）」[107]における私訴廃止の問題について、以下のように言及している。

> 日本の改正刑事訴訟法（草案）は、私訴を廃止することを企図しているが、将来これが実施されるか否かは未だ定かではない。しかし、日本の状況から見れば、仮に私訴を廃止しても特に支障はなく、むしろ便宜となる可能性もある。これに対し、中国の情況は全く異なる。中国では従来から繁文を重んじ、官僚機関にも遅滞の傾向があるため、将来訴訟法を施行するにあたっては、簡便さを重視することが求められる。もし私訴を廃止すれば、刑事事件はすべて刑事審判機関の管轄に帰することとなり、犯罪に起因する民事訴訟については、刑事審判機関から民事審判機関へ移送されることになるが、その過程で手続が重複し遅延を招き、支障が生じるおそれがある。刑事裁判所がこれを併せ管轄する方が、より迅速である［日本改定刑訴法（草案）即擬廃去私訴，将来能否実行未可預定。但就日本実際情形観之，即廃去私訴並無何等窒碍，或較為便利亦

105） 日本における私訴制度の沿革及び内容については、小野清一郎『刑事訴訟法講義（全訂 3 版）』（有斐閣、1933年）620-643頁、川出敏裕「付帯私訴制度について」廣瀬健二・多田辰也編『田宮裕博士追悼論集（下巻）』（信山社出版、2003年）287-322頁等を参照されたい。

106） 岡田朝太郎講授・熊元襄編『刑事訴訟法』（中国政法大学出版社、2012年）参照。

107） 内容を精査すると、講義中に言及された「改定刑事訴訟法（草案）」は、明治34年刑事訴訟法改正案を指すものと解される。同改正案においては、私訴に関する規定が第七編として独立して設けられた。『刑事訴訟法草案』（自治館、1901年）145-156頁。

未可知。中国則反是。中国素尚繁文，官場習為遅緩，将来実行訴訟法当以力求簡便為主。若廃去私訴，必刑事始帰刑事審判庁審判，則因犯罪所生之民訴，当由刑事審判庁転送民事審判庁，輾転稽延，必多貽誤；不如由刑事審判庁就便管轄較為敏捷］[108]。

このような見解に基づき、明治34年刑事訴訟法改正案と同じく、「民事刑事訴訟暫行章程」においても「私訴」が独立した一編を成し、21条もの条文で詳細に規定されたことは、岡田の助言を反映した結果とみるのが妥当である[109]。

また、私訴の提起時期に関する本章程の規定も、明治34年刑事訴訟法改正案と一致している。すなわち、明治23年刑事訴訟法第 4 条においてその提起は公訴第二審判決前としていたのに対し、明治34年刑事訴訟法改正案では公訴第一審判決前へと改められているが[110]、岡田は「第二審判決前の私訴提起は、実際には甚だ不便である［第二審判決前提起私訴，実際頗多不便］」と説明していた[111]。「民事刑事訴訟暫行章程」第300条が「私訴応向受理公訴之審判衙門于第一審判決前提起之」と規定しているこ

108）　岡田・熊前掲『刑事訴訟法』52頁。

109）　なお、「大清刑事訴訟律」に私訴が規定されなかった理由については、沈家本が「大清刑事訴訟律」の奏摺では「私訴については、各国とも刑事訴訟法の中に附帯させて規定している。これは、この種の犯罪が公益を害すると同時に私益にも及ぶものであり、刑罰を科す場合であっても、被害者は損害賠償を請求し得るためである。これを附帯私訴という。もっとも、附帯私訴は民法や商法とも密接に関係する。そこで本法ではこれを分離して単行法とし、民商法の制定後に編纂し奏上する」と述べ、私訴を民法・商法と調和させた単行法として編纂する意向を明言している。しかし、清の急速な崩壊により、この構想は実現に至らなかった。『吉林司法官報』（吉林司法官報局、宣統辛亥年 8 月）第 9 期参照。

110）　岡田・熊前掲『刑事訴訟法』68頁。講義録では本条につき「改正案第49条」を参照する旨が述べられているが、明治34年刑事訴訟法改正案を確認すると、第436条において「公訴ニ付キ第一審ノ判決アリタル後ハ私訴提起スルコトヲ得ス」と定められているため、講義における「第49条」への言及は、条文番号の誤記である可能性が高い。

111）　岡田・熊前掲『刑事訴訟法』68頁。

とからも、岡田を通じて明治34年刑事訴訟法改正案を参照したことが明らかである。なお、注目すべきは、1914年に中華民国司法部が公布した「私訴暫行規則」は、本章程第五編「私訴」の内容を継承しているという点である[112)]。これは、日本人法律顧問を媒介として清末に導入された日本の同時代における立法作業、及びそこに現れた法理念が、清末の立法作業に影響を及ぼしたのみならず、さらに民国初期の立法作業へと引き継がれたことを示す事例として興味深い。

3　日本を経由した西欧法理の継受

前述の通り、「民事刑事訴訟暫行章程」における強制執行に関する規定は明治36年民事訴訟法改正案と多くの類似点を有しているが、このことは新たな疑問を提起する。すなわち、本章程と並行して起草されていた「大清民事訴訟律」も同改正案を主に参考にしながら、なぜ同改正案のように強制執行に関する条文をその体系内に組み込まなかったのであろうか。この問題を解く鍵は、清末の訴訟立法が、単に日本の訴訟法と法理念を模倣しただけではなく、日本の顧問らが専門的に身につけていた、より進んだ西欧法の理論を間接的に受容していた点にある。

「大清民事訴訟律」を奏上した際の奏摺において、沈家本は以下のように述べ、民事訴訟法とは別個に強制執行法を制定する方針を明言している。

> 各国の民事訴訟法には、訴訟関係に加えて執行関係を併せて規定するものがあり、日本及びドイツはこの方式を採用している。しかし、訴訟関係と執行関係は本来異なるものであり、前者が私権の確定を目的とするのに対し、後者は私権の実現を目的とする。両者は趣旨・手続ともに異なる以上、これを一体として規定することは法理上妥当ではない。そこで本法はオーストリア[113)]の例に倣い、両者を分離し、民事訴訟律とは別に、執行律を制定する［至各国民事訴訟律，有于規定訴訟関係外兼規定執行関係者，日本、徳国即用斯例。惟査訴訟

112）　胡前掲「從「私訴」到「附帯民事訴訟」」137頁。

113）　オーストリアにおける単行法としての執行法の成立については、鈴木正裕『近代民事訴訟法史・オーストリア』（信山社、2016年）126-163頁参照。

関係与執行関係不能強同，訴訟関係其主旨在確立私権，執行関係其主旨在実行私権。二者之旨趣、程序均各不同，如強合為一，揆諸法理，実所未安。茲倣奥国例，折而為二，于民事訴訟律外，続定執行律］[114]。

この「執行律」は、先行研究において、「修訂法律館調査員である日本人松岡義正博士によって起草されたが、未だ審定されていない［修訂法律館調査員日人松岡義正博士起草尚未審定］」[115]「強制執行律」草案を指すものとされる[116]。

もっとも、前掲奏摺においては、強制執行法を単行立法とすべき法理上の根拠が明示的に松岡義正の立法意見に基づくと記されているわけではない。しかし、松岡義正が「強制執行律」を起草したという事実、及び、後述するその講義内容を照合すれば、その立法の発想が松岡義正に由来すると解することは十分可能である。岡田と同じく、松岡は、民法や民事訴訟法等の編纂作業と並行して、京師法律学堂及び京師大学堂において民事法の講義を担当した。熊元襄が編集した松岡の中国における講義録『民事訴訟法』によれば、松岡は日本において行われていたこれらの法領域についての講義内容をそのまま踏襲することなく、これら二つの法律草案の内容を組み合わせて講義計画を再構成していたことがうかがえる。熊はその「例言」において、「本編は訴訟と執行の双方を重視した内容であるが、講師〔松岡義正〕の帰国療養の事情により、第四編では執行法の大要を述べるにとどまった［本編内容訴訟与執行幷重，講者因亟図回国養疴，故第四編僅説明執行法大要］」と述べる[117]。すなわち、松岡の当初の教授計画においては、民事訴訟法と強制執行法の教授内容が同等に重視されていたが、自身の病状及び帰国療養の決断により、やむを得ず強制執行法の内容を大

114）陳前掲『中国民事訴訟法制百年進程：清末時期・第 2 巻』5－6 頁。
115）曹杰『強制執行法講義』（上海法学編訳社、1934年）163頁。
116）「強制執行律」の成案時期は不明であるが、董康との書簡によれば、遅くとも1911年 4 月の松岡解聘以前には完成していたとみられる。熊前掲「「大清民事訴訟律草案」と松岡義正との関係について」120頁。
117）松岡義正講授・熊元襄編『民事訴訟法』（上海人民出版社、2013年）1 頁。

幅に縮小し、概要のみを講義したことがうかがえる。換言すれば、松岡が両法を講義上同列に位置づけた姿勢は、彼自身が「強制執行律」を編纂していたことと関わりがあったと推測される。

松岡『民事訴訟法』によれば、強制執行法を単独で制定する法理的根拠は以下の二点であった。

> ㈠強制執行の性質に就いて言えば、強制執行は非訟事件であり、民事訴訟は訴訟事件である。その性質は異なる以上、同一の法として規定することは適当ではない。㈡強制執行の関係に就いて言えば、民事訴訟が権利義務の確定を目的とするのに対し、強制執行は権利義務の実現を目的とするものである。その関係は異なる以上、同一の法として規定することはできない［㈠就強制執行之性質而言，強制執行為非訟事件，民事訴訟為訴訟事件，性質不同，不応幷為一法。㈡就強制執行之関係而言，民事訴訟重在権義之確定，強制執行重在権義之実行，関係不同，不能幷為一法］[118]。

このような経緯に基づき、松岡は講義において特に「将来の立法は、必ずこの学説に導かれ、強制執行法を民事訴訟法から分離し、独立した法典として整備される［将来新法律必為此種学説所導引，離強制執行法于民訴法之外，独立為一種法典］」と強調していた[119]。言うまでもなく、ここでいう「新法律」とは、清が制定を計画していた「執行律」のことである。もっとも、松岡が示す二つの法理的根拠のうち、上述の沈家本による奏摺では、執行と訴訟との関係が異なるという第二点のみが列挙され、第一点の強制執行の性質が非訟事件であるとする点には言及されていない。しかしながら、これは清政府が強制執行法を単行法として制定する法的根拠を、単に二つの法律手続の関係が異なるという一点のみに依拠していたことを意味しない。なぜなら、当時、ドイツ及び日本の民事訴訟法はいずれも、両手続が異なることを前提としながらも、執行手続を同法に包含して規定していたことに加えて、極めて興味深いことに、この奏摺には上述のよう

118） 松岡・熊前掲『民事訴訟法』215頁。
119） 松岡・熊前掲『民事訴訟法』215頁。

に「オーストリアの例に倣い、両者を分離し、民事訴訟律とは別に、執行律を制定する」と明確に記されており[120]、オーストリアの強制執行法こそが、強制執行の性質論を法理的根拠として採用されていたことが明示されているのである。したがって、松岡の講義内容、及び、彼が「強制執行律」を起草したという事実に、沈家本の奏摺に述べられた立法理由を合わせて考察する時、強制執行法を単行法として制定することを決定した法理的根拠は、松岡の立法に関する提案と軌を一にしているのである。しかし、そうであるならば、強制執行法を単行法として分離しない形で編纂された「民事刑事訴訟暫行章程」は、少なくともこの局面に関しては、法理論的な観点からはむしろ「暫行」的なものに留まったとも評価できよう。

すなわち、日本の法律顧問である松岡義正が、自身が深く研究した大陸法の法理論を、法典編纂と法学教育という二重の経路を通じて伝播し、それが直接的に清末の訴訟立法の方針と法典構造に影響を及ぼしたのである。このプロセスは、条文の転用だけではなく、日本の法学専門家による選択、解釈、再構成を経た知的経路であったのである。

㈢　小　括

本章において、「民事刑事訴訟暫行章程」の条文の内容を詳細に検討し、更に比較法的視点からその法源と継受経路を分析することで、清末訴訟法編纂における「知の連鎖」の実相を明らかにした。すなわち、本章程が「法院編制法」施行後の暫定的な訴訟手続法として構想され、「大清刑事訴訟律」「大清民事訴訟律」から緊急性の高い規定を抜粋し集成した性格を持つ一方で、強制執行や私訴等独自の内容をも含む、過渡的でありながら実務の要請に対応する体系を有していた。また、民事を刑事に先行させる編別等の立法上の選択が、修訂法律館において、議論を踏まえつつ「法院編制法」との整合性を念頭に置いたものであった。更に、本章程を含む清末における訴訟立法が、単一の日本法典を模倣したのではなく、草案段階にあった日本の立法や、それに関与した日本人法学者の法学教育の実践ま

120）　陳前掲『中国民事訴訟法制百年進程：清末時期・第 2 巻』 5－6 頁。

で複数の経路を介して、日本法及び西洋の法理論を受容した過程を示した。

以上を踏まえると、「民事刑事訴訟暫行章程」は、応急措置としての「暫行」の名を冠しつつも、実質的にはその「暫行」性をはるかに超えた分量をもち、かつ、様々な限界を帯びつつも、可能な限り最新の法理論を反映させることを企図した内実を備えたものであったと位置付けることが許されよう。

四　終　章

本稿は、「大清刑事民事訴訟法」が施行に至らず棚上げされた後の立法過程に関する先行研究における見解、即ち、直ちに「大清民事訴訟律」「大清刑事訴訟律」の編纂作業へと移行したとする理解を再検討するため、「民事刑事訴訟暫行章程」という未公布の法案に着目し、その実態を追究してきた。本稿の分析から、本章程は、緊迫した立憲制度の確立の試みとそれに伴う司法制度改革の要請、混乱した社会において裁判実務に対して求められた切迫した必要性、東アジアにおいて進行しつつあった外国法継受の多層的な実態、そしてなにより、もはや滅亡の際にあった清の最末期における法制改革の内在的限界が交錯した、一つの結節点としての歴史的意義を有していたという位置づけを与えることが許されるものと考える。

具体的には、まず、本章程が「法院編制法」施行の緊急性と「大清民事訴訟律」「大清刑事訴訟律」の完成の遅れの間に生じた法的空白を埋めるべく編纂された暫定的な法案として構想され、立法と政治をめぐる複数の状況の下で発生した様々な齟齬により挫折した経緯が確認された。また、内容面では、「大清民事訴訟律」「大清刑事訴訟律」から「万不容緩」の条文を抽出するという方針を基調としつつも、私訴・執行を独立した編として備え、過渡期における暫行法でありながらもそれにとどまらない独自性を示していた。更に、その条文内容を具体的に検討すると、翻訳による既存法典の摂取、日本人顧問を通じた起草段階にあった法案、及び、それを導く新しい法理論の導入、招聘された日本人法学者の営為を媒介とする欧陸法理の間接的受容という三つの経路を通じた重層的法継受により、清末

訴訟立法の比較法的観点からみた多角的な性格を反映した内実を備えていた。

もっとも、本稿にはなお検討すべき課題が残されている。すなわち、本稿で対象とした「民事刑事訴訟暫行章程」に継受された日本法の規定及び理念が、清末から民国初期にかけての後続立法にいかなる影響を及ぼしたのか、また、日本法が立法段階のみならず、実務運用の過程においてどのように受容されていったのかという点についても、判例史料等に基づく検討が今後の課題として残されている。これらの点については、今後の史料調査と分析を通じて、改めて検討を深めたい。

〔**謝辞**〕　本稿作成に当たり、西英昭先生（九州大学大学院法学研究科教授）より様々な御助言をいただきました。心から御礼申し上げます。

また、本研究は、Keio-SPRING（JST博士後期課程学生支援プロジェクト）の支援を受けたものです。

呉　亦晨（ゴ　エキシン）
所属・現職　慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程
最終学歴　慶應義塾大学大学院法学研究科修士課程
所属学会　法文化学会、法制史学会
専攻領域　比較法制史、法文化論
主要著作　「清末中国における近代的訴訟法典編纂の端緒：「刑事民事訴訟裁判等項法律」と日本法の継受」『法学政治学論究』第147号（2025年）